

Die subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen im Rahmen des Art.12 Abs.1 Grundgesetz

Dissertation, vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

ARMIN WELSCH

Gerichtsassessor aus Kaiserslautern

1962

1. Berichterstatter: Professor Dr. Hubert Armbruster
2. Berichterstatter: Professor Dr. Peter Schneider

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1962

Fotodruck: Mikrokopie G.m.b.h. München 2, Weinstr. 4

Die subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen im Rahmen des Art.12 Abs.1 Grundgesetz

Dissertation, vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

ARMIN WELSCH
Gerichtsassessor aus Kaiserslautern



1. Berichterstatter: Professor Dr. Hubert Armbruster
2. Berichterstatter: Professor Dr. Peter Schneider

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1962

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

Einleitung

§ 1. Interventionismus und Berufsregelung. 1

1. Grundgesetz, Wirtschaftsverfassung
und Interventionismus.

2. Anwendungsmöglichkeiten und Grenzen
des Interventionismus. 4

1. Hauptteil

Das Grundrecht der Berufsfreiheit und seine
Grenzen. 7

§ 2. Die Freiheit des Berufs im Verfassungs-
system.

I. Die Regelung des Art. 12 I GG.

II. Die Stellungnahme des Bundesver-
fassungsgerichts zu Art. 12 I GG. 9

III. Art. 12 I und sein Verhältnis zu
Art. 2 I GG. 11

§ 3. Die Berufsfreiheit als Schutzobjekt
des Art. 12 I GG. 13

I. Der Berufsbegriff.

1. Die staatlich gebundenen Berufe. 14

2. Die selbständige Arbeitnehmer-
tätigkeit. 16

3. Staatliche Monopole und Art. 12
I GG.

II. Die Berufswahl und die Berufsaus-
übung. 18

1. Abgrenzung der Begriffe "Berufs-
wahl" und "Berufsausübung".

2. Die Schutzfunktion des Art. 12
I GG. 20

§ 4. Die Möglichkeit einer Berufsregelung und ihre Schranken.	22
I. Die Regelungsbefugnis des Art. 12 I S. 2 GG.	
II. Grenzen einer möglichen Berufsregelung.	24
1. Die Schranke des Art. 2 I GG.	
2. Die Wesensgehaltsschranke des Art. 19 II GG.	25
3. Das Differenzierungsgebot	27
a) Berufsausübungsregelungen.	
b) Die subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen.	29
c) Die objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen.	33
d) Die Bedeutung des Differenzierungsgebotes.	34
III. Die Problematik der Unterscheidung zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsbedingungen.	35
1. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung und Einordnung.	
2. Die unterschiedliche Eingriffsintensität der einzelnen Zulassungsbedingungen.	38

2. Hauptteil

Die Verfassungsmäßigkeit der einzelnen Zulassungsbedingungen.	40
---	----

1. Abschnitt.

Die subjektiven Zulassungsbedingungen.

§ 5. Persönliche Eignung und persönliche Zuverlässigkeit	
1. Wesen und Bedeutung	
2. Inhalt und Abgrenzung der beiden Begriffe.	41
3. Die verfassungsmäßige Zulässigkeit.	43

	Seite
§ 6. Das Wohnsitzerfordernis.	45
§ 7. Der Sachkunde- oder Befähigungsnachweis.	47
I. Die verfassungsmäßige Zulässigkeit im allgemeinen.	
1. Die zu stellenden Anforderungen.	49
2. Erläuterung durch ein Beispiel.	
II. Der Befähigungsnachweis im Handwerk.	51
1. Die Errichtung eines selbständigen Handwerksbetriebs.	
2. Die verfassungsmäßige Zulässigkeit des Befähigungsnachweises.	52
a) Die vorhandene Problematik.	
b) Die Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts und die hiergegen zu erhebenden Bedenken.	54
c) Ergebnis.	61
III. Der Sachkundenachweis im Einzelhandel.	62
1. Die gesetzliche Grundlage.	
2. Die Entstehung der geltenden Regelung.	63
a) Die verschiedenen Einzelhandelsgesetze.	
b) Die Entwicklung nach Kriegsende.	65
3. Die Verfassungsmäßigkeit des Sachkundenachweises.	67
§ 8. Der Betriebsmittel- oder Kapitalnachweis.	71
1. Kredit- und Versicherungswesen.	
a) Kreditwesen.	
b) Versicherungswesen.	74
2. Regelungen im Gewerberecht.	
a) Versteigerergewerbe.	
b) Bewachungsgewerbe.	75

2. Abschnitt.	
Die objektiven Zulassungsvoraussetzungen.	77
§ 9. Die Altersgrenzen.	
I. Allgemeines.	
1. Die Regelungsformen.	
2. Die Altersgrenzen als objektive Zulassungsvoraussetzungen.	78
II. Die Verfassungsmäßigkeit einzelner Regelungen.	79
1. Höchstaltersgrenzen.	
a) Hebammengewerbe.	
b) Schornsteinfegerwesen.	82
c) Prüflingenieur für Baustatik.	86
2. Mindestaltersgrenzen.	89
a) Schornsteinfegerwesen.	
b) Erteilung einer Reisegewerbe- karte.	91
§ 10. Die Bedürfnisprüfung im allgemeinen.	93
1. Die Bedürfnisprüfung als objektive Zulassungsvoraussetzung.	
2. Die verschiedenen Erscheinungs- formen.	
3. Insbesondere: Die Fälle mittelbarer Bedürfnisprüfung.	95
a) Numerus clausus.	
b) Das Mindestmengenerfordernis im Milchgesetz.	96
§ 11. Die Bedürfnisprüfung im Gewerberecht.	98
I. Das Gaststättengesetz.	
1. Die gesetzliche Regelung.	
2. Die Verfassungsmäßigkeit.	
II. Sonstige Fälle.	101
1. Milchhandel.	

	Seite
2. Der Handel mit unedlen Metallen.	104
3. Das Versteigerergewerbe.	106
4. Der Verkehr mit Betäubungsmitteln.	107
III. Die Kehrbezirkseinteilung im Schornsteinfegerwesen.	108
§ 12. Die Bedürfnisprüfung im Beförderungsgewerbe.	111
I. Personenbeförderung zu Lande.	
1. Genehmigungsvoraussetzungen für die verschiedenen Verkehrsarten.	
2. Die gesetzgeberische Entwicklung.	112
3. Die Verfassungsmäßigkeit der gegenwärtigen Regelung.	117
a) Linienverkehr.	
b) Kraftdroschengewerbe.	119
II. Die Bedürfnisprüfung im Güterkraftverkehr.	120
1. Das Erfordernis des öffentlichen Interesses.	
2. Die Höchstzulassungszahl.	121
§ 13. Die Bedürfnisprüfung im Kredit- und Versicherungswesen.	126
1. Kreditwesen.	
2. Versicherungswesen.	129
§ 14. Die Bedürfnisprüfung auf den Gebieten der Rechts- und Steuerberatung.	130
I. Rechtsbeistand und Prozeßagent.	
1. Die gesetzlichen Regelungen.	
2. Die Zulassung als Rechtsbeistand.	131
3. Die Zulassung als Prozeßagent.	133
a) Enthält § 157 ZPO eine rein verfahrensrechtliche Regelung?	135
b) Regelung der Berufsaufnahme oder Berufsausübung?	136
c) Die Verfassungsmäßigkeit.	143

	Seite
II. Wirtschaftsprüfer und Steuerberater.	150
§ 15. Die Bedürfnisprüfung im Gesundheitswesen.	151
1. Apothekenwesen.	
2. Hebammenwesen.	155
3. Heilpraktiker.	159
4. Die Zulassung als Kassenarzt.	160
Schlußbemerkung.	163
Literaturverzeichnis.	164

Einleitung

1. Interventionismus und Berufsregelung.

1. Das Ergebnis der nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes geführten wissenschaftlichen Erörterungen über Rang, Gehalt und Tragweite derjenigen grundgesetzlichen Normen, die für das Wirtschaftsleben maßgebend sind, hat im wesentlichen jenen recht gegeben, welche die These vertreten haben, daß in der Verfassung der westdeutschen Bundesrepublik ein entfaltetes System des Wirtschaftsverfassungsrechts nicht enthalten ist. Die Bestimmungen des Grundrechtskatalogs haben nach der heute herrschenden Auffassung in bezug auf das Wirtschaftsleben vielmehr den Charakter von sog. negativen Orientierungsnormen, d.h. sie diskriminieren bestimmte Gestaltungen im Verhältnis Staat - Wirtschaft, so etwa diejenigen, die einem extremen Liberalismus einerseits oder einem System der zentralen Verwaltungswirtschaft andererseits entsprechen würden.

Unbestritten ist, daß innerhalb des damit geschaffenen Spielraums das von der Wirtschaftswissenschaft entwickelte Ordnungssystem des sog. Interventionismus sich (diesem Spielraum) am besten einpaßt. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ergibt sich zudem ein Katalog von Anknüpfungen zugunsten des Interventionismus in den grundrechtlichen Vorbehalten. Hinzu kommt, daß die in Art. 20 GG enthaltene Sozialstaatsklausel den Interventionismus noch zusätzlich abstützt, dies allerdings in der Beschränkung auf sozial motivierte Interventionsmaßnahmen.

In diesem Zusammenhang muß außerdem noch auf den Umstand hingewiesen werden, daß das Grundgesetz nicht nur gesetzgebundene Interventionsmaßnahmen im Rahmen der Wirtschaftspolitik zuläßt, sondern auch solche im sog. gesetzsumrahmten Bereich. Gerade hier ergibt sich ein Feld relativ freier Gestaltung der wirtschaftlichen Verhältnisse, auf das der Interventionismus nicht verzichten kann. Ohne die Möglichkeit gerade dieser Gestaltung müßte dem Interventionismus auf die Dauer die Bewährung versagt bleiben; es käme zu Erstarrungen und Verhärtungen, die sich bald als untragbar erweisen würden. Vor allem wäre es dann der staatlichen Gewalt versagt, sich im Rahmen der Wirtschaftspolitik wirksam und erfolgreich auf wechselnde Lagen einzurichten.

Im Rahmen des Interventionismus ist das Gestaltungsmoment von grundlegender Bedeutung, denn unter diesem Gesichtspunkt stehen alle diejenigen Wirksamkeiten zur Erörterung, die der Staat im Rahmen der Lenkung, der Intervention im Wirtschaftsablauf entfaltet. Als Interventionen kann man heute alle diejenigen Maßnahmen bezeichnen, die der Staat oder die von ihm beauftragten Verwaltungsbehörden vornehmen, um in das freie Spiel der Marktkräfte einzugreifen, wobei sie aber nicht von dem Ausmaß sind, daß sie an der Stelle der privaten und freien Unternehmerdisposition eine staatliche oder staatlich bedingte Planwirtschaft setzen. Diese allgemeine Umschreibung ist allerdings als solche kaum geeignet, das Wesen des Interventionismus deutlich genug hervortreten zu lassen. Die wirtschaftliche Theorie hat denn auch immer wieder darauf hingewiesen, daß

der Zugang zum Verständnis des Interventionismus am besten erreicht wird durch eine Schilderung seiner bestimmenden Merkmale. Dabei tritt in der Abgrenzung zum System der Planwirtschaft die Tatsache in den Vordergrund, daß die wirtschaftspolitischen Maßnahmen "nicht aufgrund eines allumfassenden Planes, sondern zur Behebung einzelner Schäden oder, allgemeiner, zur Erreichung bestimmter Sonderziele" erfolgen. Hinzu kommt, daß die Eingriffe "keine grundsätzliche Umgestaltung der Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung" bezwecken, sondern lediglich der Lösung der auftauchenden aktuellen Probleme dienen. Dabei kommt es dann zu punktuellen Korrekturen an der Struktur, dem Ablauf und den Ergebnissen der Wirtschaft. Die Erfahrung lehrt im übrigen, daß der Interventionismus sich nicht durchweg beschränkt auf die Anwendung marktkonformer Maßnahmen; auch nicht konforme Maßnahmen kommen gelegentlich in Ansatz.

Weitere Abgrenzungen ergeben sich bei der Sichtung der Motive und der realen Ausgangssituationen. Dabei lassen sich immer wieder nicht nur ökonomische Wurzeln, sondern auch solche politischer und geistesgeschichtlicher Art unschwer nachweisen. Hinsichtlich der ökonomischen Wurzeln sind es häufig Schwankungen im Konjunkturverlauf, die Eingriffe im Rahmen einer interventionistischen Wirtschaftspolitik veranlassen; daneben stehen Maßnahmen zur Produktivitätssteigerung, zur Förderung von Kapitalbildung und Kapitalverwendung, zur Unterstützung des technischen Fortschritts, zur Förderung der Arbeitsteilung, der Ausbildung und der Grundlagenforschung und zur Unterstützung

der Rationalisierungsbestrebungen. Neuerdings sind zahlreiche wirtschaftspolitische Interventionen auch unter dem Gesichtspunkt der Vollbeschäftigung sowie der Behebung struktureller Fehlleistungen der reinen Marktwirtschaft erfolgt.

2. Ein weites Feld mit vielgestaltigen Anwendungsmöglichkeiten für eine staatliche Intervention und Interessenlenkung bieten die in zahlreichen berufsregelnden Gesetzen niedergelegten Zulassungsvoraussetzungen, denn sie geben dem Staat die Möglichkeit zu einem verhältnismäßig frühen Zeitpunkt in den Leistungs- und Wettbewerbskampf eines bestimmten Gewerbezweiges durch Lenkung und Steuerung des Zugangs unter dem Gesichtspunkt der Erhaltungs- oder Existenzintervention einzugreifen. Diese Maßnahmen, die die Teilnahme weiterer Leistungswettbewerber beschränken, sind geeignet, die wirtschaftliche Dispositions- und Entscheidungsfreiheit des einzelnen einschneidend zu beeinträchtigen.

Es kann nicht Aufgabe der vorliegenden Abhandlung sein, die einzelnen Zulassungsvoraussetzungen jeweils in das wirtschaftspolitische System des Interventionismus einzuordnen, zumal die Theorie des Interventionismus bis heute nicht jenen Grad an Verfeinerung erfahren hat, die eine solche Einordnung unschwer zuließe. Gerade die Zulassungsvoraussetzungen gehören zu dem Kreis von Interventionsmaßnahmen, der bislang im Rahmen der wirtschaftspolitischen Theorie verhältnismäßig wenig berücksichtigt wurde. Diese Tatsache steht im Gegensatz zu ihrer Bedeutung in der

wirtschaftlichen Wirklichkeit. In weiten Bereichen des Erwerbslebens wird der Aufbau und der Ausbau wirtschaftlicher Existenzen maßgeblich beeinflußt von den Entscheidungen, welche die Verwaltungsbehörden auf der Grundlage der gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen immer wieder treffen. Die Wirkung dieses Einflusses beruht vor allem darauf, daß die Zulassungsakte in der Praxis häufig in der Verbindung mit Nebenbestimmungen ergehen, vor allem unter Auflagen und Bedingungen. Es sind vor allem die Auflagen, hinter denen sich häufig eine zusätzliche Intervention verbirgt. Aber auch die Widerrufsvorbehalte haben in vielen Fällen einen Interventionsgehalt, der sich im einzelnen wirtschaftlich entscheidend auswirken kann.

Insgesamt ergibt sich im übrigen ein Trend quantitativer und qualitativer Entfaltung des Interventionismus, der nicht zuletzt auch die Handhabung der gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen durch die Verwaltungsbehörden bestimmt. Emil Küng ¹⁾ hat auf die hier möglichen Gefahren eindrucksvoll hingewiesen. Der von der Lehre und Rechtsprechung entwickelte Begriff des unbestimmten Rechtsbegriffs hat zwar der gerichtsförmigen Kontrolle einen weiten Spielraum geschaffen; es wäre aber verhängnisvoll, wenn man annehmen würde, daß dies genüge, um die Ausweitung des Interventionismus entscheidend zu hindern. Die verlässlich-

1) in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. V S. 328.

ste Schranke ergibt sich immer noch in den Grundrechtsverbürgungen des Grundgesetzes. Sie ermöglichen am wirksamsten die Abwehr von Eingriffen nicht nur gegenüber den Verwaltungsbehörden, sondern im Hinblick auf die Substanzgarantie des Art. 19 II GG auch gegenüber dem Gesetzgeber. Der vorliegenden Abhandlung liegt die Absicht zugrunde, die Grenzen des Interventionismus anhand der Darstellung der Zulassungsvoraussetzungen deutlich werden zu lassen.

1. Hauptteil

Das Grundrecht der Berufsfreiheit und seine Grenzen.

§ 2. Die Freiheit des Berufs im Verfassungssystem.

I. Die Regelung des Art. 12 I GG.

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 enthält im Grundrechtsteil, der als erster Abschnitt an seinen Anfang gestellt ist, in Art. 12 I folgende Bestimmung:

"Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz geregelt werden."

Diese Verfassungsnorm, die als solche in früheren Verfassungswerken noch nicht enthalten gewesen ist ¹⁾, betrifft ihrem Wortlaut nach lediglich die Berufswahl und die Berufsausübung. Jedoch besteht, wie noch näher darzulegen sein wird ²⁾, Einverständnis darüber, daß durch sie die Berufsfreiheit im ganzen als einheitliches Grundrecht gewährleistet wird. Da die Regelung

1) Vorläufer des Art. 12 I GG waren Art. 11 und 151 III WRV, worin das Recht, "jeden Nahrungszweig zu betreiben" und insbesondere "die Freiheit des Handels und Gewerbes" gewährleistet wurden. Beide Verbürgungen standen in vollem Umfange unter dem Vorbehalt der Regelung und Einschränkung durch ein einfaches Gesetz.

2) Siehe unten § 3, S. 13 ff., 18 f.

jedoch nicht von einem umfassenden Oberbegriff der Berufsfreiheit ausgeht, sondern sich der Wortfassung nach auf zwei bestimmte Aspekte beschränkt, hat sie sich schon bald nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes als unzulänglich erwiesen. Gerade weil sie ihr Schutzobjekt nur unvollständig bezeichnet, ist sie zur wirtschaftlichen Sphinx oder - wie Walter Jellinek zutreffend gesagt hat - "zur schwersten Crux des Grundrechtsteils des Grundgesetzes" geworden ¹⁾.

Diese Lückenhaftigkeit der Vorschrift hat zu zahlreichen Zweifelsfragen geführt und die Gefahr der Rechtsunsicherheit mit sich gebracht. Bei der Auslegung und Anwendung der Vorschrift haben sich Schwierigkeiten vor allem deshalb ergeben, weil sie ausdrücklich nur die Berufsausübung unter einen Regelungsvorbehalt stellt und die Freiheit der Berufswahl scheinbar uneingeschränkt garantiert. Das hierdurch bedingte Fehlen eines eindeutigen Maßstabes erwies sich schon deswegen als äußerst nachteilig, weil zahlreiche berufsregelnde Vorschriften aus der vorkonstitutionellen Gesetzgebung übernommen wurden, deren Verfassungsmäßigkeit zweifelhaft sein konnte. Aber auch bei nachkonstitutionellen Vorschriften berufsregelnder Art ergeben sich immer wieder Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der darin enthaltenen Zulassungsbedingungen.

1) W. Jellinek in DÖV 1952, S. 383.

II. Die Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 I GG.

Mit der Problematik des Art. 12 I GG hat sich das Bundesverfassungsgericht erstmals in einer viel beachteten Grundsatzentscheidung auseinandergesetzt, dem sog. Traunsteiner Apothekenurteil vom 11.6.1958 ¹⁾, welchem inzwischen eine Reihe weiterer Urteile zu Fragen des Art. 12 I GG nachgefolgt ist ²⁾. Das Gericht hat damit nicht nur Maßstäbe herausgearbeitet, die der Gesetzgeber künftig bei berufsregelnden Normierungen zu beachten haben wird, sondern zugleich - und in erster Linie - verlässliche Kriterien für die Überprüfung vorkonstitutioneller Berufsregelungen geschaffen. Jedoch kann nicht gesagt werden, daß Inhalt und Tragweite der in Art. 12 I GG getroffenen Bestimmungen bereits restlos geklärt seien.

Bevor auf die noch schwebenden Fragen im einzelnen eingegangen wird, sei noch hervorgehoben, daß das Apothekenurteil über den besonderen Fragenbereich des zu entscheidenden Falles hinaus auch eine allgemeine Stellungnahme zu der Bedeutung der in Art. 12 I GG getroffenen Regelung enthält. In Übereinstimmung mit der Interpretation durch die Oberverwaltungsge-

1) Urteil des Ersten Senats - 1 BvR 596/56 - BVerfGE 7, 377 ff.

2) BVerfGE 9, 39 ff. (Milchhandel), 338 ff. (Höchstaltersgrenze für Hebammen); 10, 185 ff. (Prozeßagent); 11, 30 ff. (Kassenarzt); 168 ff. (Personenbeförderung); 12, 144 ff. (Kassenzahnärzte); BVerfG in NJW 1961, 2011 ff. (Befähigungsnachweis im Handwerk).

richte ¹⁾ und das Bundesverwaltungsgericht ²⁾ hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, daß es sich bei dem Freiheitsrecht des Art. 12 I GG nicht wie in Art. 151 III Weimarer Reichsverfassung lediglich darum handelt, die Gewerbe- und Wirtschaftsordnung zu sichern, sondern daß hier ein echtes Grundrecht für jede soziale Schicht anerkannt ist ³⁾, ⁴⁾. Art. 12 I GG gibt also nicht nur ein Abwehrrecht, sondern verleiht dem einzelnen gegen den Staat ein subjektives öffentliches Recht auf Schutz gegen jede unzulässige Beeinträchtigung der ihm verbürgten Berufsfreiheit. Hieraus folgt u.a., daß bei Beschränkungen der Berufswahl nicht mehr auf den gewerbepolizeilichen Begriff der Gefahr abgestellt werden darf ⁵⁾. Denn dieser gewerbepolizeiliche Begriff liegt solchen polizeilichen Bestimmungen zugrunde, die aus allgemeinen Rücksichten im Interesse des Gemeinwohls ergehen. Es sei hier an die Interessen der Sicherheit des Staates, der öffentlichen Ordnung, ferner an gemeinschafts-, feuer-, bau- und sittenpolizeiliche Rücksichten gedacht, und es sind gerade diese Beschränkungen, die

-
- 1) OVG Hamburg in DVBl. 1951, S. 387; sowie 1952, S. 274; VGH Bremen in DVBl. 1952, S. 190.
 - 2) BVerwGE 1, 48 (53,55); 269 (279); 2, 92 (93, 94); 4, 250 (254); 6, 72 (74).
 - 3) BVerfGE 7, 377 (397-404).
 - 4) Anschütz S. 513 ff., sowie S. 539; Über, Freiheit des Berufs, S. 125.
 - 5) Vgl. hierzu § 1 GewO.

den wirtschaftlichen Umfang der Berufswahl ausfüllen und die daher nur bei der Regelung der Berufsausübung Beachtung finden dürfen ¹⁾.

III. Art. 12 I und sein Verhältnis zu Art. 2 I GG.

Die umstrittene Frage des Verhältnisses des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des Art. 2 I GG zu dem speziellen Grundrecht der Berufsfreiheit Art. 12 I GG muß als erledigt gelten ²⁾. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem Apothekenurteil zu diesem Streit, obwohl es zur Bestimmung des Begriffes "Berufsfreiheit" Elemente des Art. 2 I GG herangezogen hat, keine Stellung genommen. Dieses bewußte Schweigen kann nur so gedeutet werden, daß der Art. 12 I GG ein selbständiges, von Art. 2 I GG unabhängiges Grundrecht ist. Dies bedeutet, daß das Grundrecht der Berufsfreiheit eine Gewährleistung der Freiheit menschlicher Betätigung für einen ganz bestimmten Lebensbereich und somit eine Spezialregelung darstellt. Der Art. 12 I GG soll also einen ganz bestimmten Lebensbereich unter Grundrechtsschutz stellen und daher dem Art. 2 I GG vorgehen. Der Art. 2 I GG ist dann nicht mehr als eine Auffangnorm, die nur dort eingreifen und

1) Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, I. Bd. § 1 Anm. 11 mit einer genauen Übersicht.

2) Mangoldt-Klein, Art. 12, Anm. VI 5; Maunz-Dürig, Art. 2 Randbem. 11; BVerwGE 6, 247 (266), sowie BVerwG in NJW 1954, S. 524; Naumann in JZ 1951, S. 423; Bachof in JZ 1958, S. 468; Scheuner in DVBl. 1958, S. 848; ebenso Gutachten des BFH vom 28.4.1952 in DVBl. 1953, S. 471; BVerfGE 4, 7 (15); 6, 32 (36-38).

Schutz gewähren soll, wo die Handlungsfreiheit nicht in den Schutzbereich eines gesondert geschaffenen Spezialgrundrechts fällt ¹⁾. Umgekehrt soll Art. 2 I GG vermeiden, daß ein grundrechtsleerer Raum entsteht, wenn für bestimmte Lebensbereiche eine Spezialregelung entweder nicht getroffen wurde oder nicht getroffen werden konnte oder aber trotz einer vorhandenen Spezialnorm ein abgegrenzter Lebensbereich von ihr nicht erschöpfend gedeckt wird. Gleichwohl kann bei einer noch so scharfen theoretischen Trennung des in Art. 12 I GG umschriebenen besonderen Freiheitsrechtes und darüber hinaus aller anderer Spezialfreiheitsrechte von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I GG die innere Ableitung jener Rechte von dem "Muttergrundrecht" des Art. 2 I GG nicht weggeleugnet werden. Denn je nach der Stellung der einzelnen Grundrechte zum Persönlichkeitsrecht sind diese eben doch mehr oder minder Konkretisierungen des in der Form des Art. 2 I GG zu weit, zu unbestimmt und zu allgemein gehaltenen Rechts. Diese Spezialregelungen sollen im Ergebnis eine vernünftige Begrenzung der rechtlichen Tragweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes erreichen ²⁾.

1) BVerfGE 9, 341 (343, 348); 10, 55 (58);
BVerwGE 1, 48 (51); 2, 85 (87); 4, 168 (169).

2) BVerfGE 7, 377 (400).

3. Die Berufsfreiheit als Schutzobjekt des Art. 12 I GG.

I. Der Berufsbegriff.

Der Art. 12 GG enthält in seiner jetzigen Fassung drei Grundrechte ¹⁾

- a) dasjenige der Freiheit des Berufes,
- b) dasjenige auf Freiheit von Zwang zu einer bestimmten Arbeit,
- c) dasjenige der Frau auf Freiheit von Zwang zu Dienstleistungen im Verband der Streitkräfte.

Von diesen Schutzobjekten ist dasjenige der Freiheit des Berufs am wichtigsten. Trotzdem hat der Gesetzgeber eine klare Definition des Berufsbegriffes nicht für notwendig erachtet. So mußten die Rechtsprechung und die Rechtslehre eine Bestimmung vornehmen ²⁾. Das Bundesverwaltungsgericht ³⁾ hat als Beruf "jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung" angesehen. Das Bundesverfassungsgericht hat an dieser sehr weiten Auffassung, die von einem traditionell oder rechtlich fixierten Berufsbild absieht, mit der Einschränkung fest-

1) Art. 12 GG enthielt bis zum Ergehen des Gesetzes vom 19.3.1956 (BGBl. I S. 111) nur die unter a) und b) aufgeführten Grundrechte.

2) Mangoldt-Klein, Art. 12 Anm. III 2a mit einer genauen Übersicht der in der Rechtsprechung und im Schrifttum immer wiederkehrenden ähnlichen Formulierungen; Hamann, Grundgesetz, Art. 12 Anm. B 2b.

3) BVerwGE 1, 48 (54); 2, 295 (298).

gehalten, daß es die "wirtschaftlich sinnvolle Arbeit" ¹⁾, ²⁾ zur weiteren Voraussetzung macht. Der Art. 12 I GG soll demnach nicht diejenigen Betätigungen schützen, die unerlaubt und strafbar sind ³⁾. Die Frage einer Qualifikation solcher Tätigkeiten ist keine Frage des Art. 12 I GG, sondern des betreffenden Strafgesetzes, das sich an den Voraussetzungen des Art. 2 I GG bemißt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen schlechthin unrechtmäßigen Betätigungen, die überhaupt nicht zum Gegenstand eines Erwerbes gemacht werden können (z.B. Diebstahl) und Tätigkeiten, die zwar zulässig, aber im Falle einer Gewerbsmäßigkeit verboten und strafbar sind (z.B. Glücksspiel) oder die nur bei Fehlen einer behördlichen Erlaubnis verboten und strafbar sind (z.B. Lotterrie) ⁴⁾.

1. Nach dem weiten Berufsbegriff, den die herrschende Auffassung verwendet, muß der Schutz des Art.

1) BVerfGE 7, 377 (397).

2) BVerwGE 2, 85 (86); 4, 250 (254); 6, 72 (74,75).

3) BVerwGE 2, 110 (111): verbotenes Glücksspiel (§ 284 StGB); ebenso OVG Berlin in JR 1955, S. 355; VGH Stuttgart in DVBl. 1959, S. 377: Gummischutzmittelverkauf aus Automaten auf öffentlicher Straße; Bachof, Grundrechte, 3.Bd. 1. Hlbbd. S. 1960, 191; Mangoldt-Klein Art. 12 Anm. III 2 a, wo der Tätigkeitserfolg auf das Begriffspaar "sozialwertig" und "sozialunwertig" abgestellt wird.

4) OVG Koblenz in AS 3, 360 (336).

12 I GG auch die sog. "staatlich gebundenen" ¹⁾ oder der "öffentlichen Hand vorbehaltenen Berufe" ²⁾ umfassen. Allerdings werden hier durch Art. 33 V GG ³⁾ in weitem Maße Sonderregelungen zugelassen, die das Grundrecht der Berufsfreiheit zurückdrängen und einschränken können. Bei den staatlich gebundenen Berufen wird die Zulässigkeit der Grundrechtsbeschränkung größer, je stärker der öffentliche Charakter des Berufes hervortritt und je intensiver seine Anlehnung an den Staat betont wird ⁴⁾. Bei den Berufen des öffentlichen Dienstes findet diese Einschränkung in deren eigenständiger Ausgestaltung ihre Stütze. Denn auf Grund der öffentlichen Organisationsgewalt wird ein ganz bestimmter Stellenplan geschaffen, durch welchen sich - zulässigerweise - die Berufswahl des Bewerbers auf das Recht des chancengleichen Zugangs zu diesen Stellen beschränkt ⁵⁾.

-
- 1) BVerfGE 7, 377 (398);
BVerwGE 2, 85 (86); 4, 250 (254); jedoch a.A.
BVerwGE 6, 72 ff. für den Schornsteinfegerberuf.
- 2) BVerfGE 7, 377 (397).
- 3) Art. 33 Abs. 5 GG lautet:
"Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln."
- 4) BVerfGE 7, 377 (398).
- 5) BVerfGE 11, 30 (39);
BVerwGE 2, 85 (86).

2. Die Grundrechtsgarantie des Art. 12 I GG erfaßt aber auch neben der selbständigen Unternehmertätigkeit die unselbständige Arbeitnehmertätigkeit. Das Bundesverfassungsgericht hat speziell hierzu ausgeführt, daß auch die abhängige Arbeit als Beruf gewählt werden kann. Damit ist klargestellt, daß sich die Freiheit einer unselbständigen Betätigung nicht auf die Freiheit vom Zwang zu einem bestimmten Arbeitsplatz beschränkt ¹⁾.
3. Die Frage der Vereinbarkeit staatlicher Monopole mit Art. 12 I GG hat das Bundesverfassungsgericht, weil kein Anlaß zur Stellungnahme in dieser Richtung bestand, offengelassen. Die Anerkennung monopolistischer Betätigung der öffentlichen Hand und die garantierte freie berufliche Betätigung des einzelnen erfordert eine Grenzziehung, die letztlich von der Beantwortung der Frage abhängt, wo und in welchem Maße sich der Staat die Ausübung von wirtschaftlichen Betätigungen allein, d.h. ohne Konkurrenz weiterer Mitbewerber vorbehalten kann. Die Zulässigkeit von Monopolen ist grundsätzlich zu bejahen. Sie findet ihre Stütze teils im Grundgesetz ²⁾ selbst, teils aber beruht sie auf der Ausnützung der staatlichen Finanzkraft, sowohl im Bereich

1) BVerfGE 7, 377 (398);
BVerwGE 4, 168 (170); OVG Koblenz in AS 6, 273.

2) Art. 7 GG: Postmonopol; Art. 105, 106, 108 GG: Finanzmonopol.

wirtschaftlicher Betätigung¹⁾ als auch im kulturellen Wirkungskreis²⁾. Trotzdem muß vermieden werden, daß Träger der öffentlichen Gewalt durch steigende Monopolisierung zunehmend weitere wirtschaftliche Tätigkeitsbereiche an sich ziehen und auf diese Weise den Art. 12 I GG aushöhlen³⁾. Gerade deshalb müssen die Grenzen monopolistischer Bestrebungen klar abgesteckt werden. Wo man diese Grenzen findet, ob aus Art. 12 I GG selbst, ob aus den Spezialnormen des Grundgesetzes, den Art. 15, 33, 87, 105, 106, 108 GG oder aus den allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorschriften und Grundsätzen, kann hier nicht näher untersucht werden⁴⁾.

-
- 1) Zündholz-, Branntwein-, Personenbeförderungs-, Rundfunk-, Stellenvermittlungs-, Brandversicherungsmonopol, sowie die Versorgungsmonopole der Länder, Städte und Gemeinden: Wasser, Strom etc., aber auch Sportwetten.
 - 2) Schulwesen, Theaterunternehmungen der öffentlichen Hand.
 - 3) Warncke in NJW 1956, S. 1587 (1588).
 - 4) Zum Streitstand: Bachof, Grundrechte S. 200-206; Ballerstedt, Grundrechte S. 77, 83; Warncke aaO.; Huber Bd. I S. 484; Scheuner in DVBl. 1956, S. 17; Hamel in DVBl. 1958, S. 37.

II. Die Berufswahl und die Berufsausübung.

1. Die Abgrenzung der Begriffe "Berufswahl" und "Berufsausübung".

Die Bestimmung, insbesondere aber die Abgrenzung der beiden Begriffe "Berufswahl" und "Berufsausübung" sowie die Festlegung des Berufsbeginns und der Berufszulassung haben in der Rechtsprechung und im Schrifttum Schwierigkeiten bereitet ¹⁾.

Die Freiheit der Berufswahl bedeutet, daß der Bewerber den erstrebten Beruf unbeeinflußt von fremdem Willen frei soll wählen können ²⁾. Die Wahl muß also über den inneren Entschluß hinausgehen und mit einem äußerlich erkennbaren Akt einer "Vorbereitungsmaßnahme", ganz gleich welcher Art, zusammenfallen. Auch hier hat das Bundesverfassungsgericht ³⁾ im wesentlichen die Ergebnisse des Bundesverwaltungsgerichts ⁴⁾

1) Mangoldt-Klein, Art. 12 Anm. IV 2 b; Über, Freiheit des Berufs, S. 106, 144, 196; Bal-
lerstedt aaO. S. 83; Huber, Bd. I S. 677;
Loppuch in DÖV 1951, S. 123; Scheuner in
DVBl. 1956, S. 17; Hamel in DVBl. 1958, S. 37.

2) BVerwGE 2, 80 (83).

3) BVerfGE 7, 377 (401).

4) BVerwGE 1, 48 (50).

und des Bundesgerichtshofs in Strafsachen ¹⁾, ²⁾ übernommen. Es hat bestätigt, daß sich die beiden Begriffe "Wahl und Ausübung" des Berufes nicht so trennen lassen, daß jeder von ihnen eine ganz bestimmte zeitliche Phase bezeichnet, die sich mit der anderen nicht überschneidet. Darüberhinaus ist der in der Berufsausübung sich ausdrückende Wille zur Beibehaltung des Berufes und schließlich die freiwillige Beendigung der Berufsausübung ein Akt der Berufswahl. Daraus ist ersichtlich, daß beide Begriffe einen einheitlichen Komplex beruflicher Betätigung von verschiedenen Blickpunkten her erfassen. Das Recht auf freie Berufswahl muß also über den inneren Entschluß, sich einen bestimmten Beruf zu wählen, hinausgehen und die Konkretisierung dieser eigenen inneren Entscheidung miteinbeziehen können. Denn nur so wird man den praktischen Wert der Schutzfunktion des Grundrechts des Art. 12 I GG erfassen können.

-
- 1) BGHSt. 4, 385 (391), dazu Bachof in JZ 1957, S. 339 Nr. 330.
 - 2) Zum Streitstand mit vollständiger Darstellung und Rechtsprechungshinweisen für die einzelnen Meinungen: Mangoldt-Klein Art. 12, Anm. IV 1a - c, 2b, wo die Wahl als "Substanzverwirklichung", die Ausübung als "Modalitätsverwirklichung" angesehen wird. Über, Freiheit des Berufs, S. 105, 191 ff., der in der Freiheit des Berufs sowohl die Freiheit der Wahl als auch die Freiheit von uneingeschränkter Regelung der Ausübung sieht.

2. Die Schutzfunktion des Art. 12 I GG.

Es entspricht dem Sinngehalt des Art. 12 I GG, daß er die Freiheit des Individuums schützen und dem einzelnen Schutz vor hoheitlichen Eingriffen in seinen frei gewählten beruflichen Tätigkeitsbereich gewähren soll. Denn der Staatsbürger hat solche Beeinträchtigungen in der verschiedensten Weise von den verschiedensten Ausgangspunkten her zu erwarten bzw. zu befürchten. Es sei hier besonders an die Gesetze allgemeiner, d.h. nicht berufsregelnder Art gedacht, die in ihrer Auswirkung jedoch die Berufsbetätigung zumindest mittelbar betreffen, so etwa die Steuer- und Zollgesetzgebung ¹⁾ oder die Kredit- und Währungspolitik.

Da es aber gleichgültig ist, aus welchen Motiven heraus der Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit erfolgt, muß der Art. 12 GG vor interventionistischen Maßnahmen einer staatlichen Wirtschaftspolitik schützen, wenn damit unmittelbar eine Regelung der Berufsausübung verbunden ist ²⁾. Somit sind alle Lenkungsmaßnahmen verfassungswidrig, die einer eigentlichen Übernahme oder einer interventionisti-

1) BVerwGE 6, 50 (51): Schankerlaubnissteuer.
BVerwGE 6, 247 (260): Spielautomatensteuer.

2) Vgl. hierzu die Einleitung S. 1-6.

schen Ausgestaltung eines bestimmten Berufes durch die öffentliche Hand gleichkommen. Eine so umfangreiche und umfassende Lenkungs-kontrolle würde eine Antastung des Wesensgehaltes des Grundrechts der Berufsfreiheit bedeuten ¹⁾. Aber auch über die Regelungsschranke des Art. 12 I S. 2 GG können interventionistische Maßnahmen nicht gerechtfertigt werden. Denn es handelt sich dann nicht um eine von der Regelungsschranke gedeckte reine Berufsausübungsmaßnahme ²⁾. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 12 I GG ist aber deutlich zu erkennen, daß die im Satz 2 aufgenommene Regelungsschranke nur der gewerbepolizeilichen Ausgestaltung des Berufes dienen soll, nicht aber Eingriffen durch wirtschaftslenkende Vorschriften ³⁾.

-
- 1) Über die Zulässigkeit marktregelnder Gesetze: BVerwGE 5, 95 (97); vgl. aber auch BVerwGE 9, 63 (65, 66), wo ausgeführt wird, daß marktregelnde Vorschriften und Eingriffe im Rahmen eines Zwangswirtschaftssystems in Notzeiten gebilligt werden können.
 - 2) Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 76, 98 ff.; Ballerstedt, aaO., S. 72; Hamann, BB 1951, S. 341.
 - 3) Gemeint sind Vorschriften über Lagerungs- und Vorratswirtschaft, Preisregelungen, Melde- und Auskunftspflichten.

§ 4. Die Möglichkeit einer Berufsregelung und ihre Schranken.

I. Die Regelungsbefugnis des Art. 12 I S. 2 GG.

Die Frage nach dem Umfang der Regelungsbefugnis in Art. 12 I S. 2 GG hat davon auszugehen, daß die Berufsfreiheit ein einheitliches Grundrecht darstellt. Es bedarf keiner besonderen Darlegung, daß auch die Grundrechte keine ausschließliche und unbeschränkbare Freiheit gewähren. So finden die Grundrechte teils an der Sozialstaats-erklärung der Art. 20 und 28 GG ihre immanente Grenze, teils wird dem Gesetzgeber durch die den einzelnen Grundrechten beigefügten Gesetzes- oder Regelungsvorbehalte die Möglichkeit eines Eingriffes in den jeweiligen Schutz- und Freiheitsbereich eröffnet. Dabei sind diese Vorbehalte nur stellenweise als echte Ermächtigung zu Beschränkungen zu werten, so z.B. in Art. 2 II S. 2; 10 S. 2; 11 I; 13 III; 14 III; 15 GG. Andere Regelungsvorbehalte sollen dagegen lediglich der Verdeutlichung dienen (Art. 4 III GG) oder zur inhaltlichen Ausfüllung des Grundrechtes (Art. 14 I S. 2) herangezogen werden.

Ob die Vorbehaltsschranke des Art. 12 I S. 2 GG zu einer echten Einschränkung ermächtigt ¹⁾ oder nur zur Verdeutlichung dient, ist aus dem

1) Hamann, Grundgesetz, Art. 12, Anm. B 6-8; Hamel in DVBl. 1958, S. 38; Scheuner, Handwerksordnung und Berufsfreiheit, S. 10-18; Ipsen in DVBl. 1959, S. 359

Wortlaut nicht zu entnehmen. Das Bundesverfassungsgericht ¹⁾ ist der Ansicht, daß die Vorbehaltsschranke des Art. 12 I S. 2 GG eine echte Grundrechtsbeschränkung ermögliche, wenn auch hier die gesetzlichen Eingriffe in engen Grenzen gehalten werden müssen. Da Art. 12 I GG die Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht schützen will, muß sich der Regelungsvorbehalt des Art. 12 I S. 2 GG notwendig auch auf das gesamte Grundrecht ausdehnen. Er bezieht sich also nicht nur auf die Berufsausübung, sondern zugleich auch auf die Berufswahl. Jedoch darf dies nicht zu dem Schluß verleiten, daß der Regelungsvorbehalt diese beiden verschiedenartigen nur begrifflich, nicht aber zeitlich trennbaren Bestandteile des Art. 12 I GG mit einer gleich starken Intensität ergreift. Dies läßt eine Gegenüberstellung der beiden Begriffe deutlich werden. Die Berufswahl erschöpft sich nämlich, wie bereits ausgeführt ²⁾, nicht in der inneren Freiheit, sich für einen bestimmten Beruf zu entscheiden, sondern umfaßt auch das Recht zur Verwirklichung dieses Entschlusses durch die Berufsaufnahme. Dies verneinen, würde die Schutzfunktion des Grundrechtes praktisch zunichte machen. Unter diesem Gesichtspunkt muß bei der Berufswahl dem einzelnen ein größtmögliches Maß an freier persönlicher Entscheidung zugestanden werden. Bei der Berufs-

1) BVerfGE 7, 377 (400, 403).

2) S. oben S. 18 f.

ausübung jedoch geht es darum, wie der Beruf ausgestaltet werden soll. Hier steht deshalb der Schutz der Gemeinschaft unter Heranziehung des Gefahrenabwehrgedankens im Vordergrund. Somit werden durch die beiden Begriffe der Berufswahl und der Berufsausübung zwei verschiedene, sich aber einander überschneidende Interessenskreise erfaßt.

II. Grenzen einer möglichen Berufsregelung.

Eine Regelung der Berufsausübung führt, wie dargestellt, auch zu einer solchen der Berufswahl und der Berufsaufnahme. Über die Grenzen einer möglichen Regelung für eine Berufszulassung bestand lange Zeit keine Einigkeit.

1. Die Schranke des Art. 2 I GG.

Als mögliche Grenze einer Berufszulassungsregelung bot sich der Art. 2 I GG an. Der Ansatzpunkt zu dieser Auffassung war die Meinung, daß dem Art. 2 I GG ein Vorrang gegenüber den in den einzelnen Verfassungsnormen niedergelegten Regelungsbefugnissen zukommen würde¹⁾. So wurde z. B. Art. 2 I GG im Rahmen der Frage der Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung im Gaststätten-gewerbe und bei der Zulassung zum Prozeßagenten verwendet. Die daraus entstehende weitere Pro-

1) OVG Lüneburg in OVG 5, 471; OVG Münster in DÖV 1953, S. 218; OVG Berlin in NJW 1953, S. 1727.

blematik, ob damit nicht eine Relativierung des Art. 12 I GG erreicht werden würde, ist durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts überholt, da nunmehr unbedenklich davon ausgegangen werden kann, daß Art. 12 I GG eine lex specialis gegenüber dem Art. 2 I GG ist ¹⁾.

2. Die Wesensgehaltsschranke des Art. 19 II GG.

Jede Regelung einer Berufszulassung muß an der einem Grundrecht immanenten Schranke seines Wesensgehalts seine Grenze finden. Denn der Wesensgehalt eines Grundrechtes darf nur dann angetastet werden, wenn es der Schutz höherwertiger Rechtsgüter erfordert. Über die Frage, wie nun der Wesensgehalt eines Grundrechts zu bestimmen ist, wurden divergierende Meinungen vertreten. Das Bundesverwaltungsgericht ²⁾ legte mit seiner "Restkerntheorie" einen quantitativen Maßstab an und stellte darauf ab, was nach der Beschränkung noch übriggeblieben ist. Die Beurteilung und Wertung des Zweckes und des Grundes der Einschränkung unterbleibt. Es ist einzig und allein die Frage zu stellen: Kann der Bewerber trotz der bestehenden Regelung den Zugang zu dem Beruf frei wählen? ³⁾

1) Siehe oben S. 11 f.

2) BVerwGE 1, 48 (51).

3) BVerwGE 1, 269 (271), sowie in DÖV 1955, S. 85.

Danach müßten an sich alle objektiven Beschränkungen immer unzulässig sein. Doch hat das Bundesverwaltungsgericht die Zulässigkeit solcher Beschränkungen bejaht, wenn sie zum Bestand für die Allgemeinheit wichtiger Rechtsgüter erforderlich sind ¹⁾. Der Bundesgerichtshof hat dieser Betrachtungsweise seine "Eingriffstheorie" entgegengesetzt ²⁾. Hier wird eine Wertung vorgenommen, nach dem Zweck und Grund der Beschränkung gesucht und geprüft, ob diese im Widerstreit mit übergeordneten Rechtsgütern unumgänglich notwendig ist. Entscheidend soll also eine Interessenabwägung zwischen der Bedeutung des Grundrechts und dem evtl. zu schützenden Rechtsgut sein, und es soll also keineswegs darauf ankommen, ob nach der Beschränkung noch etwas vom Wesensgehalt des Grundrechtes übrigbleibt.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich keiner dieser Auffassungen angeschlossen, sondern ist davon ausgegangen, daß der Wesensgehalt eines Grundrechts unantastbar ist, daß er also auch nicht aus übergeordneten Gründen eingeschränkt werden kann ³⁾. Hiervon ausgehend hat das Bun-

1) Als notwendige Rechtsgüter werden u.a. angesehen: Volksgesundheit, staatliche Rechtspflege und öffentliche Sicherheit.

2) BGHZ 5, 297 (298); 6, 330 (334), sowie BGH in NJW 1956, S. 57; BGHSt. 4, 378 (391, 395); 7, 394 (399).

3) BVerfGE 7, 377 (403).

desverfassungsgericht in dem sog. Apothekenurteil für die Anwendung des Art. 12 I GG eine Differenzierungstheorie entwickelt, nach der bei Eingriffen in die Berufsfreiheit verschiedene Stufen mit zunehmend strengen Voraussetzungen zu unterscheiden sind.

3. Das Differenzierungsgebot.

Das vom Bundesverfassungsgericht auf Grund seiner Feststellung, daß der Wesensgehalt eines Grundrechtes unantastbar ist, entwickelte "Differenzierungsgebot" umfaßt drei verschiedene Stufen.

a) Die Berufsausübungsregelungen.

Auf dieser untersten Stufe der Grundrechtsbeschränkung können Regelungen zur sachlichen Ausgestaltung eines Berufes getroffen werden, wenn sie von vernünftigen Erwägungen ausgehen und bei Berücksichtigung des Gemeinwohles als zweckmäßig erscheinen ¹⁾. Hierdurch soll die Art und Weise der Berufsbetätigung ausgestaltet werden. Regelungsmotiv darf auch die Förderung eines Berufs sein. Im wesentlichen sollen aber auf dieser Stufe unzumutbare gesetzliche Auflagen verhindert werden ²⁾, um Willkürentschei-

1) BVerfGE 7, 377 (405); 9, 73 (77); 8, 71 (76).

2) Lerche in DVBl. 1958, S. 533.

dungen vorzubeugen. Maßnahmen, die den Charakter von Ausübungsregelungen tragen, müssen zweckmäßig und geeignet sein, um Nachteile für die Gemeinschaft abzuwehren. Aber gerade dieser Bereich bietet genügend Ansätze zur pflichtwidrigen Überspitzung von Formalien oder zu der Beifügung von unzumutbaren Auflagen. Solche Belastungen dienen dann weder der Förderung des Berufes noch dem Zweck der Gefahrenabwehr, sondern engen die Garantie des Art. 12 I GG auf einem Umwege unzulässig ein. Daher stehen auch die Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Regelung der Berufsausbildung unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ¹⁾.

Hat der Gesetzgeber aber die unmittelbare Berufsaufnahme von der Erfüllung genau umschriebener Voraussetzungen abhängig gemacht, so greift er damit direkt in das uneingeschränkt garantierte Recht des einzelnen auf freie Berufswahl ein.

Bei der Aufstellung bestimmter Voraussetzungen für eine Berufsaufnahme sind subjektive und objektive Bedingungen zu unterscheiden.

1) Bachof, Die Grundrechte, 3. Bd., 1. Hlbbd., S. 213; BVerfGE 7, 377 (405); 11, 41; sowie Beschl. d. BVerfG vom 7.1.1959 in DVBl. 1955, S. 120 (zu § 1 der Arzneimittelverordnung).

b) Die subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen.

Eine subjektive Zulassungsvoraussetzung, die als Beschränkung der Berufswahl das Grundrecht bereits wesentlich stärker trifft als eine bloße Ausübungsregelung, will den Zugang zum Beruf von Bedingungen abhängig machen, die in der Person des einzelnen selbst liegen und damit nach seinem freien Entschluß selbst erfüllt werden können ¹⁾. Ein solcher Eingriff in die Freiheit der Berufswahl ist zwar, wie schon dargelegt ²⁾, ebenfalls zulässig, jedoch nur - entsprechend der durch Art. 12 I GG gebotenen Abstufung des Grundrechtsschutzes - in wesentlich engeren Grenzen. Hierbei sind hauptsächlich die nachstehenden Gesichtspunkte zu beachten:

aa) Einmal ist jeweils festzustellen, ob der Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes die Beschränkung der Berufswahlfreiheit zwingend erfordert ³⁾. Zur Erläuterung dieses Maßstabs hat das Bundesverfassungsgericht im Apothekenurteil noch hinzugefügt,

1) BVerfGE 7, 377 (406 f.); 9, 39 (49); 338 (345); BVerwGE 1, 269 (273), 7, 344 (348); Hamann, Grundgesetz, Art. 12, Anm. B 5 c; Mangoldt-Klein Art. 12, Anm. V 5.

2) oben S.22 f.

3) BVerfGE 7, 377 (405); s. auch BVerfG in NJW 1961, 1212 zu III und dazu noch Reuß, DVBl. 1961, 866 mit der Klarstellung, daß die zusätzlichen Anforderungen, die insoweit im Apothekenurteil aufgestellt sind, nur die objektive Zulassungsvoraussetzung betreffen.

es müsse der Schutz von Gütern in Frage stehen, denen bei sorgfältiger Abwägung der Vorrang vor dem Freiheitsanspruch des Einzelnen einzuräumen sei. In jedem Fall soll also eine Güterabwägung vorgenommen werden. Dabei sind, wie das Bundesverfassungsgericht inzwischen namentlich in seiner "Handwerks-Entscheidung" ¹⁾ ausgesprochen hat, als schutzwürdig nicht nur "absolute", d.h. allgemein anerkannte und von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängige Gemeinschaftswerte wie z.B. die Volksgesundheit zu berücksichtigen. Vielmehr kommen auch sonstige Gemeinschaftswerte in Betracht, die sich aus den wirtschafts-, sozial- und berufspolitischen Zielen und Vorstellungen des Gesetzgebers ergeben und von ihm erst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen erhoben sind ²⁾. Auf jeden Fall darf die betreffende Beschränkung mit der Wertordnung des Grundgesetzes nicht in Widerspruch stehen ³⁾.

1) Beschluß vom 17.7.1961 - 1 BvL 44/51 -, NJW 1961, 2011 = DVBl. 1961, 818.

2) S. dazu auch schon BVerfGE 9, 39 (51) und 11, 168 (185); außerdem namentlich Scheuner, DVBl. 1958, 848, auch Hamel, DVBl. 1958, 42. - Ob hierher, wie in der Handwerks-Entscheidung angenommen, auch standespolitische Interessen gehören können, wird noch zu erörtern sein.

3) BVerfGE 7, 377 (406) sowie BVerfG in NJW 1961, 2011 (2013 zu III); BVerwGE 1, 269 (273); 4, 7 (17).

bb) Im Zusammenhang mit der Prüfung der Schutzwürdigkeit ist diejenige der Schutzbedürftigkeit anzustellen. Hierbei ist zu fragen, ob dem betreffenden Gemeinschaftsgut mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Gefahren drohen, Beeinträchtigungen also, die mit einiger Sicherheit voraussehbar sind ¹⁾. Daß in dieser Hinsicht nicht der gewerbe-
polizeiliche Begriff der Gefahr maßgebend sein kann, ist bereits ausgeführt worden ²⁾. Eine subjektive Zulassungsvoraussetzung kann insbesondere nicht vermittels der Unterstellung für verfassungsgemäß erklärt werden, daß ohne ihre Anordnung die Berufsausübung "unsachgemäß" bzw. "nicht ordnungsgemäß" sein könnte ³⁾. Dies würde bei unangemessener Hervorhebung des Gefahrengesichtspunktes zu einer Relativierung des Grundrechtes des Art. 12 I GG führen. Eine subjektive Zulassungsvoraussetzung muß vielmehr immer zum Schutze eines höherwertigen Rechtsgutes notwendig sein.

1) Vgl. z.B. BVerfGE 7, 377 (406 f., 415);
11, 30 (45).

2) S. oben S. 10 f.

3) Vgl. Becker in NJW 1955, S. 975.

- cc) Sodann ist zu prüfen, ob die betreffende Beschränkung zur Abwehr der dem Gemeinschaftsgut drohenden Gefahren geeignet und als Mittel hierzu auch zwingend geboten ist ¹⁾. Es ist also einmal zu fragen, ob die gesetzliche Regelung überhaupt dazu dienen kann, der Gefahr mit hinreichender Aussicht auf Erfolg zu begegnen. Zum anderen kommt es darauf an, ob ein Eingriff dieser Stärke auch tatsächlich notwendig ist, um das gesetzte Ziel zu erreichen. Dabei ist vor allem zu prüfen, ob der beabsichtigte Schutz nicht mit Mitteln der vorhergehenden Stufe - also derjenigen der Ausübungsregelung - hätte verwirklicht werden können ²⁾.
- dd) Außerdem ist notwendig, daß die subjektive Beschränkung zu dem angestrebten Zweck einer ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis steht ³⁾. Dieses Verhältnismäßigkeitsprinzip muß eine vernünftige Abwägung von Einzel- und Gemein-

1) Vgl. hierzu insbes. BVerfGE 7, 377 (405, 409).

2) Während die entsprechende Forderung in BVerfGE 7, 377 (408) zunächst nur für die objektiven Zulassungsbedingungen ausgesprochen ist, ist sie auf der folgenden Seite (zu 5.) zu Recht auch auf die subjektiven Zulassungsbedingungen ausgedehnt.

3) BVerfGE 7, 377 (407); 9, 338 (345).

schaftsinteressen gewährleisten und soll willkürliche Beschränkungen vermeiden. Hierbei kommt es darauf an, ob der einzelne durch die betreffende Zulassungsvoraussetzung nicht übermäßig beschwert wird.

c) Die objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen.

Den empfindlichsten Eingriff in das Recht der Berufswahl und damit die nachhaltigste Beschränkung bilden die objektiven Zulassungsvoraussetzungen. Darunter sind Beschränkungen zu verstehen, die dem Bewerber den Zugang zum Beruf verwehren, wenn er bereits alle in seiner Person liegenden Voraussetzungen zur Berufsaufnahme erfüllt hat. Diese Umstände sperren also, da sie außerhalb seiner Einwirkung liegen, einem sachlich geeigneten Bewerber den Zugang zum frei erwählten Beruf ab ¹⁾. Für die Zulässigkeit einer die Berufswahl objektiv regelnden Beschränkung gelten die für die subjektiven Bedingungen unter b) aa) bis dd) aufgeführten Voraussetzungen mit entsprechender Schärfung. Deshalb darf eine objektive Zulassungsvoraussetzung nur

- aa) zum Schutze eines besonders wichtigen, übertragenden Gemeinschaftsgutes und
- bb) zur Abwehr nachweisbarer und höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren

1) Vgl. BVerwGE 1, 48 (51); BVerfGE 7, 377 (407); Hamann, Grundgesetz Art. 12 B 5 b mit weiteren Nachweisungen.

aufgestellt werden. Nur ein ganz überragendes Gemeinschaftsgut rechtfertigt eine solche Beschränkung¹⁾. Damit scheidet aber die Möglichkeit aus, eine objektive Zulassungsvoraussetzung zum Schutze von sonstigen, nicht in dieser Weise qualifizierten Gemeinschaftsinteressen festzulegen. Letztere liegen besonders dann vor, wenn es sich um Fragen der Berufsstandsförderung oder um die Erhaltung des Prestiges eines bestimmten Berufes oder bestimmter Berufsgruppen handelt²⁾.

d) Die Bedeutung des Differenzierungsgebotes.

Die Differenzierungstheorie, welche das Bundesverfassungsgericht für Einschränkungen der Berufsfreiheit entwickelt hat, wirkt sich dahin aus, daß Regelungen im Schutzbereich des Art. 12 I GG stets nur in der Weise vorgenommen werden dürfen, daß der Eingriff so schonend wie möglich bleibt. Die höhere Stufe darf deshalb immer erst dann betreten werden, wenn sich ergibt, daß die Gefahren, denen mit der betreffenden Regelung begegnet werden soll, mit den Mitteln der niederen Stufe nicht mehr wirksam bekämpft werden können. Je intensiver die Beschränkung der Berufsfreiheit wird, umso strenger werden auch die Anforderungen an die Zulässigkeit³⁾.

1) BVerfGE 7, 377 (408); 11, 39 (51), 168 (183).

2) BVerfGE 7, 377 (408); s. aber - im Hinblick auf eine subjektive Zulassungsvoraussetzung - BVerfG in NJW 1961, 2013 ff. Nicht genügend wird insofern unterschieden in BVerwGE 8, 170 (171); 9, 284 (286).

3) Vgl. z.B. Bachof, Grundrechte S. 214 f.

III. Die Problematik der Unterscheidung zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsbedingungen.

1. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung und Einordnung.

Der Differenzierungstheorie des Bundesverfassungsgerichtes, so wie sie vorstehend skizziert wurde, wird im Grundsatz zu folgen sein. Es erscheint als durchaus sachgemäß, daß die Anforderungen an die Zulässigkeit von Beschränkungen der Berufsfreiheit umso höher sein müssen, je intensiver der Eingriff ist ¹⁾. Indessen darf nicht verkannt werden, daß die Grenzziehung zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen und die Zuordnung der jeweils aufgestellten Erfordernisse zu einer dieser beiden Gruppen oft Schwierigkeiten bereitet. War es auch möglich, in der dargestellten Weise zwei Gruppen von Zulassungsvoraussetzungen voneinander zu scheiden, deren Kriterien notwendigerweise abstrakt formuliert sind, finden sich doch in der Lebenswirklichkeit nicht wenige Zwischenstufen und Übergänge, die sich der strengen Alternative entziehen.

Das Wesen der subjektiven Zulassungsbedingungen wird im allgemeinen darin gesehen, daß die Zu-

1) Vgl. dazu namentlich Bachof, Grundrechte S. 215; auch etwa Becker, NJW 1955, 956 bei FN 10.

lassung zum Beruf von Voraussetzungen abhängig gemacht ist, die in der Person des Bewerbers liegen und von ihm nach seinem freien Entschluß erfüllt werden können ¹⁾. Dagegen wird das Vorliegen einer objektiven Voraussetzung dann angenommen, wenn der Bewerber auf ihre Erfüllung keinen Einfluß auszuüben vermag, wenn der geforderte Umstand also gänzlich außerhalb seiner Einwirkung liegt ²⁾. Nun kann es so liegen, daß eine Zulassungsregelung Anforderungen enthält, die auf Umstände in der Person des Bewerbers abstellen, deren Erfüllbarkeit aber gleichwohl seinem Einfluß mehr oder weniger entzogen ist ³⁾. Die an sich subjektive Zulassungsvoraussetzung enthält dann, was bei der Prüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit nicht unberücksichtigt bleiben darf, in dem betreffenden Maße zugleich objektive Elemente. So ist z.B. ein Sachkundenachweis nicht allein vom Willen des Bewerbers in der Herbeiführung der Sachkunde abhängig, sondern auch von seinen anlagebedingten Fähigkeiten. Insoweit versagt also der Kriterium der willensmäßigen Beeinflußbarkeit, zumal die aufgestellten Anforderungen jeden Bewerber unterschiedlich treffen. Das gilt in noch stärkerem Maße etwa für die Forderung des Vorhandenseins bestimmter

1) S. oben S. 29 mit Nachw. in FN 1, auch noch Bachof aaO. S. 213 f.

2) S. oben S. 33 mit FN 1.

3) Hierzu und zum folgenden eingehend Bachof aaO. S. 217, 233 f.

Betriebsmittel oder eines bestimmten Mindestkapitals. In solchen Fällen kann eine Einflußnahme oft nur in sehr begrenztem Maße erfolgen. Es handelt sich mithin um ein wirtschaftliches Moment, das die einzelnen Bewerber je nach ihren Vermögensverhältnissen unterschiedlich belastet. Die Annahme, daß sich subjektive und objektive Zulassungsvoraussetzungen voneinander unterscheiden ließen, ist hiernach nur eingeschränkt richtig. Trotzdem erscheint es als gerechtfertigt, Fälle der aufgeführten Art den subjektiven Bedingungen zuzurechnen und grundsätzlich nach den Maßstäben der "zweiten Stufe" zu prüfen, soweit sie die Freiheit der Berufswahl berühren ¹⁾. Denn auch wenn dem Bewerber im Einzelfall die erforderliche Fähigkeit oder die nachzuweisenden Mittel fehlen, ist doch die betreffende Voraussetzung "an sich", d.h. bei generalisierender Betrachtungsweise, für jeden einzelnen Bewerber erfüllbar. Anders verhält es sich insofern jedoch etwa bei der Aufstellung von Altersgrenzen. Auch hier geht es zwar um die Leistungsfähigkeit des einzelnen Bewerbers, deren Fehlen nach der Lebenserfahrung vermutet wird. Wenn das Bundesverfassungsgericht deshalb im Falle der für Hebammen angeordneten Höchstaltersgrenze das Vorliegen einer subjektiven Zulassungsbedingung angenommen hat ²⁾, ist nicht hinreichend berück-

1) Vgl. BVerfGE 7, 377 (406).
Bachof aaO. S. 233 spricht dagegen von einem Zulassungserfordernis, das "zwischen" den subjektiven und objektiven Voraussetzungen stehe.

2) BVerfGE 9, 338 (345); s. auch unten S. 78 f.

sichtigt, daß das eigene Alter "dem Einfluß des Einzelnen schlechthin entzogen" ist ¹⁾. Hier steht das Fehlen der Voraussetzung - außerhalb jeder Erfüllbarkeit und ohne die Möglichkeit einer Einwirkung - unverrückbar fest, und es handelt sich mithin bereits um eine objektive Zulassungsbedingung.

2. Die unterschiedliche Eingriffsintensität der einzelnen Zulassungsbedingungen.

Bei der differenzierenden Bewertung der beiden Gruppen von Zulassungsbedingungen darf auch nicht übersehen werden, daß manche subjektive Voraussetzung, auch wenn sie durch den Bewerber erfüllbar ist, in ihren Auswirkungen schwerer wiegen kann als andere objektive Voraussetzungen ²⁾. Insbesondere ein langjähriger, fest umrissener Ausbildungsgang kann oft, bedingt durch persönliche, familiäre oder wirtschaftliche Verhältnisse, tatsächlich die Wirkung einer absoluten Zugangssperre haben. Das belastet den einzelnen dann erheblich mehr als ein zeitliches Hindernis, das etwa mit der Anordnung eines numerus clausus verbunden ist.

1) So die Formulierung im Apothekenurteil, BVerfGE 7, 377 (407).

2) Dies hat namentlich Bachof aaO. S. 217 f. in Anlehnung an BGHSt 4, 385 (393) entgegen der Auffassung des BVerwG (s. aaO. FN 225 a) überzeugend begründet.

Die Unterscheidung zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen darf deswegen nicht formal im Sinne eines festliegenden Prüfungsschemas gehandhabt werden, sondern erfordert in jedem Falle die Feststellung, in welchem Maße die betreffende Voraussetzung sich tatsächlich auswirkt ¹⁾. Nur in dieser Weise wird man dem Sinn des aus der Verfassung abzuleitenden Differenzierungsgebotes voll gerecht. Mit diesen Maßgaben sollen nachstehend zunächst die subjektiven und dann die objektiven Zulassungsbedingungen auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 12 I GG untersucht werden.

1) Vgl. auch insoweit Bachof aaO. S. 217 f.

2. Hauptteil

Die Verfassungsmäßigkeit der einzelnen Zulassungsbedingungen

1. Abschnitt

Die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen.

§ 5. Persönliche Eignung und persönliche Zuverlässigkeit.

1. Wesen und Bedeutung.

Die Zulassungsvoraussetzungen der persönlichen Eignung und der persönlichen Zuverlässigkeit sind Bestandteil der bedeutendsten Berufsordnungsgesetze¹⁾ Daher hatte sich die Rechtsprechung wiederholt mit ihnen zu befassen, und auch im Schrifttum sind sie eingehend behandelt worden. Das Ergebnis dieser Erörterungen war die fast einhellige Bestätigung der Vereinbarkeit dieser beiden Zulassungsvoraussetzungen mit dem Grundgesetz, vor allem mit Art. 12 I²⁾. Die persönliche Zuverlässigkeit und Eignung sind - wie allgemein anerkannt ist - unter die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen einzureihen, denn sie sind in ihrer Erfüllbarkeit grundsätzlich vom freien Willen des Einzelnen abhängig.

-
- 1) Vgl. z.B. §§ 30 I a, 34 I Ziff. 1, 35 I, 57 I GewO; § 2 II GaststG.; § 3 II Ziff. 2 EinzelhG.; § 7 I Ziff. 2 HebG; § 13 I Ziff. 2 PersBefG; § 33 I Ziff. 2 KreditwG; §§ 3 II, 6 II, 7 II AtomG. S. z.B. noch § 157 III ZPO.
- 2) Vgl. etwa BVerwGE 1, 48 (51); 2, 289 (295); OVG Berlin in ÖV 1953, 36; OVG Lüneburg in OVG M/Lü 7, 505 (506); VGH Stuttgart in VRS 5, 422. S. auch v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 12 Anm. V 5 b; Hamann, Grundgesetz, Art. 12 Anm. B 5 c bb; Über S. 217-224; jeweils mit weit. Nachw.

2. Inhalt und Abgrenzung der beiden Begriffe.

Die häufige Verwendung der beiden genannten Zulassungsbedingungen in berufsregelnden Gesetzen wirft die Frage nach ihrer jeweiligen Eigenart und gegenseitigen Abgrenzung auf. In den verschiedenen Vorschriften wird oft nur schlicht von "Eignung" oder "Zuverlässigkeit" gesprochen, jedoch kann nicht zweifelhaft sein, daß beiden Voraussetzungen das Adjektiv "persönlich" voranzustellen ist ¹⁾. Daraus ergibt sich die Unterscheidung von denjenigen Vorschriften, die den Begriff der Eignung mit der Zielrichtung auf eine Sachkundeprüfung enthalten. Die persönliche soll im Gegensatz zur sachlichen Eignung oft nur eine körperliche Qualifikation bedeuten ²⁾. Dies führt nicht nur zu einer brauchbaren Abgrenzung vom Begriff der sachlichen Eignung, sondern auch zu der Feststellung, daß die persönliche Eignung und persönliche Zuverlässigkeit in den einzelnen

1) Neben der persönlichen war z.B. nach § 2 I c HeilpraktikerG v. 17.2.1939 (RGBl I S. 251) und nach § 2 I Ziff. 2 KrankenpflegeVO v. 28.9.1938 (RGBl I S. 1310) auch die politische Zuverlässigkeit zu prüfen. Es bedarf keiner weiteren Hervorhebung, daß dies heute nicht mehr zulässig ist (Art. 3 III GG). Vgl. hierzu OVG Münster in DVBl 1951 S. 642; auch Landmann-Rohmer, GewO, § 35 Anm. 4 d (S.382); Über aaO. S. 219 FN 744.

2) Vgl. z.B. § 6 I Ziff. 4 der Bestallungsordnung für Apotheker v. 8.10.1937 (RGBl I S. 1118): Hiernach ist die Bestallung als Apotheker u.a. dann zu versagen, "wenn dem Bewerber infolge eines körperlichen Gebrechens oder wegen Schwäche seiner geistigen oder körperlichen Kräfte... die erforderliche Eignung oder Zuverlässigkeit fehlt."

Zulassungsregelungen nebeneinander gebraucht werden können. Für beide Zulassungsvoraussetzungen kann festgehalten werden, daß sie diejenigen Qualifikationen betreffen, die ihrem Wesen nach ausschließlich in der Person des Bewerbers zu finden sind. Daher geht es zu weit, wenn man teilweise von der persönlichen Zuverlässigkeit sogar die Betriebssicherheit mit erfaßt wissen will ¹⁾. Diese ist ein technischer Begriff, der mit einer Eigenschaft des Bewerbers selbst nichts zu tun hat.

Ein praktisch verwertbares Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Zulassungsvoraussetzungen der persönlichen Eignung und der persönlichen Zuverlässigkeit läßt sich, weil ihre Elemente ineinanderfließen, nicht finden. Für die persönliche Eignung eines Bewerbers ist eine an der betreffenden beruflichen Stellung orientierte Gesamtbildbeurteilung maßgebend. Bei der persönlichen Zuverlässigkeit ist darauf abzustellen, ob der Bewerber die sichere Gewähr für eine einwandfreie und vor allem gesetzestreue Ausübung des gewählten Berufes bietet ²⁾, was in der Regel durch eine Überprüfung

1) So aber Reuß in DVBl. 1948, 56. A.M. zutreffend Über S. 219 FN 742.

2) Vgl. z.B. § 11 Ziff. 2 der VO über das Schornsteinfegerwesen v. 28.7.1937 (RGBl I, S. 831): "... diese Zuverlässigkeit besitzt insbesondere nicht mehr, wer wegen eines Verbrechens oder eines aus Gewinnsucht begangenen oder gegen das Eigentum gerichteten Vergehens oder wegen eines Vergehens gegen die Sittlichkeit zu einer Freiheitsstrafe verurteilt ist."

des Leumundes sowie durch Einholung eines Strafregisterauszuges zu erfahren ist ¹⁾.

Indessen ist nicht zu verkennen, daß die zur Kennzeichnung der persönlichen Zuverlässigkeit dienenden Merkmale auch Gesichtspunkte einer Gesamtbildbeurteilung im Rahmen einer Prüfung der persönlichen Eignung darstellen. Eine brauchbare begriffliche Trennung ist, wenn man davon absieht, daß die körperliche Qualifikation allein die persönliche Eignung betrifft, somit wegen der engen Verwandtschaft und Verschmelzung der beiden Voraussetzungen nicht möglich ²⁾.

3. Die verfassungsmäßige Zulässigkeit.

Die verfassungsmäßige Zulässigkeit der beiden hier zur Rede stehenden Zulassungsbeschränkungen muß sich nunmehr, abweichend von der früheren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ³⁾, nach den vom Bundesverfassungsgericht ⁴⁾ aufgestellten Grundsätzen über die

1) Allerdings muß eine strafrechtliche Verurteilung, je weiter sie zurückliegt oder wenn sie gar gelöscht ist, als Versagungsgrund wegen mangelnder persönlicher Zuverlässigkeit zurücktreten. Vgl. OVG Münster in DVBl. 1950, 732; 1951, S. 642; auch Rohlfing-Kiskalt, GewO § 34 Anm. 2.

2) S. hierzu z.B. noch Bachof, Grundrechte, S. 227 f.; Über S. 217 ff.

3) S. oben S. 25 f.

4) Insbes. im Apotheken-Urteil, BVerfGE 7, 377 (400-404); s. auch oben S. 29 ff.

Zulässigkeit subjektiver Zulassungsbeschränkungen im Rahmen einer Regelung der Berufswahl und Berufsaufnahme richten. Sie dürfen daher nur dort gefordert werden, wo sich aus der Eigenart des Berufes erhebliche Nachteile für die Gemeinschaft ergeben können. Dies wird dann zutreffen, wenn Bewerber, denen bestimmte persönliche Eigenschaften fehlen, durch Unterlassungen oder Nachlässigkeiten eine Gefahrenquelle bilden können. Diese Berufsarten sind insofern vorgezeichnet, als sie nur stark gemeinschaftsbezogene Tätigkeiten umfassen wie z.B. auf den Gebieten der Heilkunde, der Rechtsberatung, des Kredit- und Beförderungswesens ¹⁾.

1) Vgl. z.B. Hamann, Grundgesetz, Art. 12 Anm. B 5 c bb; Bachof, Grundrechte, S. 227-229 m. weit. Rechtsprechungshinweisen. - Aus dem Gebiet des Gewerberechts s. insbes. noch §§ 34 I Ziff. 1, 34 a I Ziff. 1, 35 I, 57 I Ziff. 1 GewO.

§ 6. Das Wohnsitzerfordernis.

Gelegentlich ist in berufsregelnden Gesetzen die Aufnahme einer Tätigkeit davon abhängig gemacht, daß der Bewerber einen bestimmten Wohnsitz hat, der eine nahe örtliche Beziehung zu dem Bereich der Berufsausübung gewährleistet ¹⁾. Dieses "Wohnsitzerfordernis" gehört zu den subjektiven Zulassungsvoraussetzungen ²⁾. Den wohl bedeutendsten Anwendungsfall stellte § 30 des Personenbeförderungsgesetzes alter Fassung dar ³⁾. Bei der Neufassung dieses Gesetzes ⁴⁾ ist diese Bedingung jedoch aus dem Katalog der Zulassungsvoraussetzungen herausgenommen worden. Damit hat der Gesetzgeber anerkannt, wie wenig das Wohnsitzerfordernis geeignet ist, in einem bestimmten Berufszweig die Aufgabe einer Gefahrenabwehr zu erfüllen.

-
- 1) Auf anderer Ebene liegt das in § 57 b Ziff. 1 GewO und § 3 II WaffenG aufgestellte Wohnsitzerfordernis. Der hier für notwendig erklärte Inlandswohnsitz dient namentlich der besseren Überwachung und hat mithin sicherheitspolizeiliche Gründe.
 - 2) BVerwGE 6, 108 (110); Hamann, Grundgesetz, Art. 12 Anm. 5 c aa.
 - 3) Gesetz vom 4.12.1934 (RGBl. I S. 1217) in der Fassung des Gesetzes vom 12.9.1955 (BGBl. I S. 573) in Verb. mit der DVO vom 26.3.1935 (RGBl. I S. 473).
 - 4) Personenbeförderungsgesetz vom 21.3.1961 (BGBl. I S. 241).

In der Tat ist der Wohnsitzzwang bei der Ausübung eines Gewerbes in sehr engen Grenzen zu halten. Er ist nur dort zu billigen, wo tatsächlich eine notwendige sachliche Beziehung zwischen Wohnsitz und Beruf besteht. Es müssen Überwachungspflichten vorhanden sein, die den Rahmen der allgemeinen Aufsichtspflicht über Hilfspersonen und sachliche Mittel erheblich überschreiten. Vor allem müssen sie zum Schutze der Allgemeinheit dringend notwendig sein. Wenn der Gesetzgeber dies schon für das Beförderungsgewerbe, wo die Betriebssicherheit der Verkehrsmittel ein beachtenswertes Schutzobjekt ist, verneint hat, so kann für den Wohnsitzzwang nur ein kleiner Anwendungsbereich übrig bleiben. Hier sei namentlich das Hebammengesetz ¹⁾ erwähnt, welches in § 12 für jede Bewerberin ein Wohnsitzerfordernis aufstellt. Hier ist die Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf das schützenswerte Rechtsgut der Volksgesundheit zu bejahen. Dabei ist aber zu beachten, daß die Regelung und der damit angestrebte Zweck der Ortsgebundenheit nicht eng ausgelegt werden dürfen, so daß der eigentliche Wohnort nicht notwendig mit dem Ort der Berufsausübung übereinstimmen muß.

1) Gesetz vom 21.12.1938 (RGBl. I S. 1893) in der Fassung des Gesetzes vom 4.1.1954 (BGBl. I S. 1).

§ 7. Der Sachkunde- oder Befähigungsnachweis.

I. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit im allgemeinen.

1. Einen breiten Raum im Rahmen berufsordnender Gesetze nehmen diejenigen Zulassungsvoraussetzungen ein, die eine Berufsaufnahme von der sachlichen Qualifikation des Bewerbers abhängig machen. Von diesem wird gefordert, daß er einen vorgeschriebenen Ausbildungsgang hinter sich bringen und grundsätzlich durch eine bestandene Prüfung den Nachweis seiner sachlichen Eignung führen muß, der von der persönlichen Eignung zu unterscheiden ist ¹⁾. Der Gesetzgeber spricht hier meist von dem Nachweis der Befähigung ²⁾ oder der Sachkunde ³⁾.

Der Befähigungs- und der Sachkundenachweis sind - worüber allgemeines Einverständnis besteht - in die Kategorie der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen einzuordnen ⁴⁾. Die verfassungsmäßige Zulässigkeit bestimmt sich

1) S. dazu oben § 5, S. 40 ff.

2) § 41 I, s.a. § 7 II HandwO; Näheres hierzu nachfolgend zu II, S. 51 ff.

3) §§ 3 II Ziff. 1, 4 I EinzelhG; s. hierzu unten zu III, S. 62 ff.

4) Vgl. z.B. v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 12 Anm. V 5 a; Hamann, Grundgesetz, Art. 12 Anm. B 3 c cc; jeweils mit weiteren Rechtesprechungshinweisen. S. aber auch oben 38 f.

nach den bereits dargestellten Maßstäben ¹⁾. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß die Anordnung eines Sachkundenachweises, weil er eine bestimmte Ausbildung voraussetzt, stärker als andere subjektive Zulassungsvoraussetzungen in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreift. Daher ist auch insbesondere gegenüber der persönlichen Zuverlässigkeit oder persönlichen Eignung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in höherem Maße zu beachten ²⁾. Der Umfang eines gebotenen Ausbildungsganges, der von dem Bewerber einen bestimmten Aufwand von Zeit und Geld verlangt, und die Anforderungen an eine eventuell nötige Abschlußprüfung müssen also in einem richtigen Verhältnis zu Wesen und Zweck des angestrebten Berufes stehen. Die Berechtigung dieser Forderung wird deutlich, wenn man z.B. bedenkt, daß der Befähigungsnachweis, so wie ihn die Handwerksordnung vorschreibt, für 93 Handwerksberufe gefordert wird, ohne daß eine Abstufung nach der Gefahrengeneigtheit des einzelnen Berufes erfolgt ist. Dies wäre umso mehr erforderlich, als die Überspannung oder die Gleichsetzung u.U. ebenso hemmend und hindernd wirken kann wie eine objektive Beschränkung ³⁾. Die Verfassungsmäßigkeit eines gesetz-

1) S. insbes. oben S. 29 ff.

2) Vgl. dazu namentlich Reuß in DVBl 1957, 704 (706); auch oben S. 32 f., 36 f.

3) Im Ergebnis ebenso Über S. 215.

lich vorgeschriebenen Sachkunde- oder Befähigungsnachweises hängt demnach davon ab, daß zwischen den verschiedenen Tätigkeiten hinreichend differenziert wird. Deswegen muß ein sachgerechtes Verhältnis zwischen

- a) der Höhe der gestellten Ausbildungs- und Prüfungsanforderungen,
- b) der Gefahrenlage des Berufes und
- c) den schützenswerten Interessen der Allgemeinheit

gefunden werden ¹⁾.

2. Dies soll an einem Beispiel erläutert werden:

Gemäß § 33 I Ziff. 3 Kreditwesengesetz ²⁾ darf die Erlaubnis, ein Bankgeschäft zu betreiben, versagt werden,

"wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, daß der Inhaber oder eine der in § 1 Abs. 2 Satz 1 bezeichneten Personen nicht die zur Leitung des Kreditinstituts erforderliche fachliche Eignung hat ...".

1) So etwa OLG Saarbrücken in GewArch 60, 279 (280); BadVGH Freiburg in DVBl. 1961, 635.

2) Gesetz über das Kreditwesen vom 10.7.1961 (BGBl. I S. 881).

Weiterhin heißt es in Abs. 2 der genannten Vorschrift:

"Die fachliche Eignung für die Leitung eines Kreditinstituts ist regelmäßig anzunehmen, wenn eine dreijährige leitende Tätigkeit bei einem Kreditinstitut von vergleichbarer Größe und Geschäftsart nachgewiesen wird."

In diesem Fall ist wegen der Höhe der Anforderungen, die an die fachliche Eignung zu stellen sind, zu berücksichtigen, daß das Kreditgewerbe in hohem Maße gefahrenanfällig ist ¹⁾. Dementsprechend besteht auch ein gesteigertes Schutzbedürfnis für die Allgemeinheit, da die einzelnen Kunden selbst in der Regel keine Möglichkeit haben, die Sicherheit einer Geldanlage zu überprüfen und darüber hinaus die Integrität des Geld- und Kreditwesens eine volkswirtschaftliche Notwendigkeit ist. Daher muß auch bei der Überprüfung der Sachkunde ein strenger, dem Maß der möglichen Gefahren korrespondierender Maßstab angelegt werden.

1) Zimmerer-Schönle, Kreditwesengesetz
§ 33 Anm. 6-8.

II. Der Befähigungsnachweis im Handwerk ¹⁾.

1. Die Errichtung und Ausübung eines selbständigen Handwerksbetriebes.

Die Berechtigung zur Führung eines Handwerksbetriebes bestimmt sich nach § 1 I HandwO, wonach der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen gestattet ist. In die Handwerksrolle wird gemäß § 7 I HandwO eingetragen, wer in dem von ihm zu betreibenden Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat ²⁾. Nach § 41 HandwO ist durch die Meisterprüfung festzustellen, ob der Prüfling befähigt ist, einen Handwerksbetrieb selbständig zu führen und Lehrlinge ordnungsgemäß anzuleiten ³⁾. Aus dem Zusammenhang der §§ 1, 7 I, 41 HandwO ergibt sich die wohl wichtigste Grundlage des gegen-

1) Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 17.9.1953 (BGBl. I S. 1411).

2) Nach § 7 II HandwO kann in Ausnahmefällen von diesem Erfordernis abgesehen werden, wenn bestimmte sonstige Voraussetzungen erfüllt sind. S. hierzu auch unten S. 58 f.

3) Die Meisterprüfung "hat insbesondere darzutun, ob der Prüfling die in seinem Handwerk gebräuchlichen Arbeiten meisterhaft verrichten kann und die notwendigen Fachkenntnisse sowie die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und allgemeintheoretischen Kenntnisse besitzt". (§ 41, 2. Halbs. HandwO).

wärtigen Handwerksrechtes, der sog. Große Befähigungsnachweis. Dieser ist heute für alle Fälle einheitlich ¹⁾.

2. Die verfassungsmäßige Zulässigkeit des Befähigungsnachweises.

- a) Auch der in der HandwO geforderte Befähigungsnachweis ist, wie allgemein anerkannt, den subjektiven Zulassungsvoraussetzungen zuzuzählen ²⁾. Umstritten ist jedoch die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung in ihrer gegenwärtigen Tragweite. Es fragt sich, ob alle 93 Handwerksarten, die als Anhang A zur Handwerksordnung in der sog. "Positivliste" aufgeführt sind, von dem Erfordernis des § 7 I HandwO unterschiedslos und ohne Einschränkung erfaßt werden dürfen. Namentlich der Bundesgerichtshof ³⁾ und das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg ⁴⁾ haben es abgelehnt, alle im Katalog aufgeführten Handwerksarten unterschiedslos dem Befähigungsnachweis zu unterwerfen. Sie haben diesen nur dort für zulässig erachtet, wo

1) Die bis zum Inkrafttreten der Handwerksordnung gültig gewesene Unterscheidung zwischen einem "kleinen Befähigungsnachweis" (Novelle zu § 133 GewO v. 31.5.1936, RGBL. I S. 356) und dem "großen Befähigungsnachweis" (3. VO über den vorläufigen Aufbau des Deutschen Handwerks v. 18.1.1935, RGBL. I S. 15) ist weggefallen.

2) S. oben S. 47 mit FN 4 und insbesondere BVerfG in NJW 1961, 2011 (2012 zu III).

3) BGHSt 4, 385; lo, 344; s. auch BGH in DÖV 1955, 729 (731).

4) OVG Lüneburg 9, 379 (382).

er den Zweck einer notwendigen Gefahrenabwehr erfüllt, wo er sich also aus einem erhöhten Schutzbedürfnis der Allgemeinheit rechtfertigt, zwingend geboten und auch verhältnismäßig ist. Dem gegenüber standen die Ansichten der Oberverwaltungsgerichte Münster und Koblenz ¹⁾ sowie auch die des Bundesverwaltungsgerichtes ²⁾, die den Befähigungsnachweis ohne Differenzierung für verfassungsmäßig erachtet haben ³⁾.

Die Verfassungsmäßigkeit des Befähigungsnachweises richtet sich nunmehr nach den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht allgemein für die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen aufgestellt hat ⁴⁾. Wegen der Erfordernisse der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit können hiernach subjektive Bedingungen nur insoweit für verfassungsmäßig erachtet werden, als eine unsachgemäße Berufsausübung Gefahren und erhebliche Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter mit sich bringen könnte. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß in dieser Hinsicht nicht für alle 93 Handwerksarten, die in der Anlage A zur Handwerksordnung nebeneinander aufgeführt sind, gleiches gelten kann, da sie sich nach Art und Auswirkung der für sie angeführten Tätigkeiten

1) OVG Münster in OVGE 5, 106 (108);
OVG Koblenz in AS 3, 345 (346)

2) BVerwGE 8, 287 (290-295).

3) S. hierzu auch Becker in NJW 1955, S. 975 (976);
Scheuner, Gutachten in DHBl. 1955, 339, 361, 387;
Ipsen in DVBl. 1956, 358.

4) BVerfGE 7, 377 (400-404); s. dazu oben S. 29 ff.

erheblich voneinander unterscheiden. So können etwa von der Tätigkeit eines Stahlbetonbauers oder Elektroinstallateurs erheblich höhere Gefahren für Körper, Gesundheit und Vermögen von Auftraggeber und Dritten ausgehen, als von der eines Holzbildhauers oder Schneiders. Was für einen Chirurgiemechaniker unumgänglich notwendig ist, kann für einen Gebäudereiniger nichtssagend und gleichgültig sein ¹⁾. Somit sind auch die für die Allgemeinheit zu befürchtenden Gefahren und Nachteile nicht in allen Handwerksarten bzw. -gruppen gleich und nicht stets so erheblich, daß es gerechtfertigt wäre, in jedem Falle das einschneidende Mittel des Befähigungsnachweises gleichmäßig einzusetzen.

- b) Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht durch Beschluß vom 17.7.1961 ²⁾ den Befähigungsnachweis für alle im Katalog bezeichneten Handwerksarten für verfassungsgemäß erklärt. Ein Handwerk als stehendes Gewerbe soll demnach grundsätzlich nur derjenige betreiben dürfen, der die Meisterprüfung abgelegt hat. Das Gericht hat die Befähigung des Handwerkers als eine unentbehrliche Grundlage angesehen, die notwendig sei, um den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks zu sichern. Die Berufsregelung im Handwerk wird hier also mit wirtschafts- und sozialpolitischen

1) Zu den vorstehenden Beispielen s. Anlage A zur HandwO, Gruppe I 1; II 26; III 45; IV 496; VI 71, 78.

2) 1 BvL 44/55, NJW 1961, 2011 = DVBl. 1961, 818 ("Handwerks-Entscheidung").

Gesichtspunkten begründet. Die Förderung des Handwerksstandes wird als hinreichender Grund für eine Einschränkung des Grundrechtes der Berufsfreiheit angesehen.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Handwerksordnung begegnet nicht unerheblichen Bedenken ¹⁾. Das Gericht ist hier von den Grundsätzen über die Zulässigkeit von Beschränkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit, die im Apothekenurteil niedergelegt sind und bereits zu einer gefestigten Rechtsprechung geführt hatten, abgewichen, ohne daß hierfür eine innere Rechtfertigung zu erkennen wäre. Im Apothekenurteil ²⁾ wurde die Verfassungsmäßigkeit solcher Beschränkungen von der zwingenden Notwendigkeit der Gefahrenabwehr für wichtige Gemeinschaftsgüter abhängig gemacht. In der Handwerks-Entscheidung wird dagegen - wie schon früher dargelegt ³⁾ - nunmehr gesagt, schutzwürdig seien nicht nur "absolute", d.h. allgemein anerkannte und von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängige Gemeinschaftswerte (wie z.B. die Volksgesundheit). Der Gesetzgeber könne vielmehr auch sonstige Gemeinschaftsinteressen, die er damit erst in den Rang wichtiger Gemeinschaftswerte erhebe, zum Anlaß von Berufsregelungen nehmen. Insoweit wird dem Bundesverfassungsge-

1) Vgl. hierzu namentlich Reuß, DVBl. 1961, 866 ff.

2) BVerfGE 7, 377 (405); s. auch oben S. 29 f.

3) S. oben S. 30.

richt zu folgen sein, weil anderenfalls der Kreis der als schutzwürdig zu berücksichtigenden Gemeinschaftsgüter zu eng gezogen würde. Jedoch scheint es andererseits zu weit zu gehen, wenn das Gericht meint, das Grundrecht der Berufsfreiheit dürfe auch aus standespolitischen Rücksichten eingeschränkt werden. Dies aber hat es getan, indem es die in der Handwerksordnung getroffene Regelung mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks und an der Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft rechtfertigt und erklärt, dies sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ¹⁾. Dies ist umso auffallender, als das Gericht im Apotheken-Urteil trotz der Bedeutung für den Gemeinschaftswert der Volksgesundheit keinen Anlaß gesehen hat, im Hinblick auf den Berufsstand der Apotheker ähnliche Überlegungen anzustellen. Es hat vielmehr damals die Möglichkeit der Erhebung von Standesinteressen in den Rang wichtiger Gemeinschaftsgüter dadurch verneint, daß es sagte, ein Eingriff in die freie Berufswahl werde auch nicht durch die Sorge für das soziale Prestige eines Berufes gerechtfertigt ²⁾.

1) So BVerfG in NJW 1961, 2012 f. (zu III, IV); s. auch Reuß aaO., S. 867 li. Spalte.

2) So BVerfGE 7, 377 (408); s. dazu auch Schultz, MDR 1961, 104 vor FN 6.

Für das hiernach in der Handwerks-Entscheidung zum Ausdruck gekommene weitgehende Zugeständnis an den Gesetzgeber war offenbar die Erwägung bestimmend, daß die gleichförmige Anwendung des Befähigungsnachweises auf alle im Katalog bezeichneten Handwerksarten durch die wirtschafts-politische Stelle des Handwerks im Staatswesen notwendig bedingt sei. Bei der Forderung nach einem allgemeinen Befähigungsnachweis standen in der Tat nicht der Schutz und das Interesse der Allgemeinheit im Vordergrund, sondern die Lösung der sowohl wirtschaftlichen als auch standespolitischen Probleme eines ganzen Berufszweiges. Dies zeigt schon ein Blick in das Gesetz selbst, weil es Ausnahmen von dem mit großen Nachdruck betonten Grundsatz des § 7 I HandwO zuläßt. So ist jenes Prinzip in § 4 I HandwO ("Ehegattenprivileg") und in § 112 I HandwO (Befreiung schon tätiger Handwerker vom Befähigungsnachweis) durchbrochen. Außerdem ist in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, daß Industriebetriebe, die handwerkliche Arbeiten ausführen, von dem Erfordernis des Befähigungsnachweises und der Eintragung in die Handwerksrolle freigestellt sind. Im Einzelfall wird aber oft nicht ohne weiteres klar sein, ob schon ein Industriebetrieb oder noch ein Handwerksbetrieb vorliegt ¹⁾. Davon abgesehen kann durch die Wahl der industriellen Betriebsform das Erfordernis der Meisterprüfung umgangen werden.

1) Vgl. etwa OVG Münster in DÖV 1952, 638;
LVG Minden in BB 1950, 520.

Eine derart unterschiedliche Behandlung gleicher Tätigkeiten läßt außerdem die Vereinbarkeit mit Art. 3 I GG als zweifelhaft erscheinen ¹⁾. All dies macht deutlich, wie fragwürdig es ist, die berufsregelnde Beschränkung des großen Befähigungsnachweises generell zur Voraussetzung der Eintragung in die Handwerksrolle und damit für den Betrieb eines Handwerks in den §§ 1 I, 7 I HandwO zu machen.

Trotzdem glaubte das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich an dem Erfordernis des großen Befähigungsnachweises festhalten zu sollen. Bezeichnend ist allerdings, daß es die Verfassungsmäßigkeit dieser Zugangsbeschränkung gerade auch daraus herleiten will, daß Durchbrechungen jenes Grundsatzes möglich sind. Es wies nämlich ²⁾ darauf hin, daß das Gesetz selbst dem Berufsbewerber in § 7 II HandwO die Möglichkeit eröffnet, den Nachweis der zur selbständigen Ausübung eines Handwerks erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten in Ausnahmefällen auf andere Weise zu erbringen als durch die Meisterprüfung ³⁾. In der Tat wird ein Berufsbewerber auch in diesem Fall in die Handwerksrolle eingetragen, wenn er zusätzlich eine Ausnahmegewilligung der höheren Verwaltungsbehörde gemäß § 8 HandwO besitzt.

1) So richtig Reuß, DVBl. 1961, 867, 869, jeweils re. oben.

2) NJW 1961, 2015 (zu V 6.)

3) S. auch die in § 44 IV HandwO vorgesehene Möglichkeit, zur Meisterprüfung unter erleichterten Voraussetzungen zugelassen zu werden.

Jedoch muß in diesem Fall auch berücksichtigt werden, daß mit der Eintragung in die Handwerksrolle weder das Recht verbunden ist, den Meistertitel zu führen (§ 46 HandwO) noch die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen ¹⁾. Deshalb ist der Berufsbewerber gerade von denjenigen Rechten ausgeschlossen, die früher mit dem "kleinen Befähigungsnachweis" verbunden waren und weiterhin allein demjenigen vorbehalten bleiben sollen, der eine Meisterprüfung abgelegt hat. Hinzu kommt, daß eine Eintragung in die Handwerksrolle ohne Ablegung einer Meisterprüfung auch beim Vorliegen der in § 7 II HandwO geforderten Kenntnisse und Fertigkeiten bisher überwiegend von dem weiteren Nachweis von Umständen abhängig gemacht worden ist, die ein Absehen von der Meisterprüfung rechtfertigen ²⁾. Von dieser Auffassung ist offenbar auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Handwerks-Entscheidung ausgegangen ³⁾. Es hat sich jedoch zugleich dafür ausgesprochen, daß von der Ausnahmewilligung "nicht engherzig Gebrauch gemacht werden sollte", und noch hinzugefügt, daß eine großzügige Praxis jedenfalls dem Zweck der Handwerksordnung entgegenkommen würde, die Schicht leistungsfähiger selbständiger Handwerksexistenzen zu vergrößern.

1) Hierzu bedarf es nach § 18 II HandwO einer gesonderten Verleihung, welche nur wideruflich erteilt wird.

2) Vgl. BVerwGE 8, 287 (291);
Krämer DVBl. 1961, 197 m. weit. Nachw. in
FN. 34.

3) NJW 1961, 2015 (zu V 6); s. dazu namentlich
Reuß aaO.

Der Versuch, die Möglichkeit einer Ausnahmebewilligung zur Rechtfertigung des grundsätzlichen Festhaltens an dem generellen Erfordernis des großen Befähigungsnachweises zu verwenden, erscheint hiernach als verfehlt. Ein Berufsbewerber wird durch eine Eintragung in die Handwerksrolle auf diesem Wege bei gleicher sachlicher Qualifikation einem Handwerker, der die Meisterprüfung abgelegt hat, nicht gleichgestellt, wie sich vor allem darin zeigt, daß er - abgesehen von dem fehlenden Recht zur Führung des Meistertitels - nicht ohne weiteres zur Ausbildung von Lehrlingen berechtigt ist. Hieran würde sich auch dann nichts ändern, wenn die offenbar durch die gesetzliche Systematik nahegelegte und auch durch das Bundesverfassungsgericht gebilligte Verwaltungspraxis, die auch bei Feststehen der nötigen Kenntnisse und Fertigkeiten eine Ausnahmebewilligung grundsätzlich verweigert, aufgegeben würde ¹⁾. Die Forderung nach einer großzügigen Auslegung und Handhabung der in den §§ 7 II, 8 HandwO getroffenen Regelung, welche das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen hat, erscheint daher nicht als hinreichender Ausgleich. Konsequenter dürfte es allein sein, wenn anerkannt wird, daß die schematische Einheitslösung, welche in der Handwerksordnung für alle Handwerksarten getroffen

1) Dies fordert z.B. Reuß, DVBl. 1961, 869 in Übereinstimmung mit Eyermann-Fröhler, Komm. zur HandwO § 7 Anm. II 1 (S. 57).

ist, nicht zwingend geboten war und auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht hinreichend entspricht. In vielen Fällen würde ein einfacher Sachkundenachweis genügen, dessen Anforderungen zudem insbesondere nach der Gefahrenträchtigkeit der betreffenden Handwerksart abgestuft sein müßten.

e) Daher muß trotz der vorliegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes an der Forderung einer differenzierten Betrachtungsweise festgehalten werden. Es ist auf die von dem jeweiligen Beruf ausgehende Gefahr abzustellen. Die generelle Forderung nach einem großen Befähigungsnachweis ist mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nicht vereinbar. Die Interessen, deren Schutz eine solche Forderung dienen will, können nicht als Rechtsgut anerkannt werden, das einen so weitgehenden Eingriff rechtfertigt. Nur Handwerksarten mit gefahrengeneigter Tätigkeit, gleich ob die Gefahren einzelnen oder der Allgemeinheit drohen, gestatten eine so weitgehende Beschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit ¹⁾.

1) Vgl. dazu noch Krämer DVBl. 1961, 195 ff.; auch Becker, NJW 1955, 975 f.; Schultz, MDR 1962, 103 f.

III. Der Sachkundenachweis im Einzelhandel.

1. Nach § 3 I des Gesetzes über die Berufsausübung im Einzelhandel (EinzelhG) vom 5.8.1957 ¹⁾ bedarf der Erlaubnis, wer Einzelhandel im Sinne der in § 1 des Gesetzes enthaltenen Umschreibung betreiben will. Die Erlaubnis ist u.a. gemäß § 3 II Ziff. 1 dann zu versagen, wenn

"weder der Unternehmer noch eine zur Vertretung des Unternehmens gesetzlich berufene noch eine von dem Unternehmer mit der Leitung des Unternehmens beauftragte Person die erforderliche Sachkunde nachweisen kann" ²⁾.

Das Gesetz sagt nichts weiter darüber aus, was unter dem Begriff "erforderliche Sachkunde" verstanden werden soll, sondern es beschränkt sich darauf, anschließend in den §§ 4 und 5 Anordnungen darüber zu treffen, wie die Sachkunde nachzuweisen ist ³⁾. Die als solche recht elastische Regelung, welche auf die Ablegung von Prüfungen und eine kaufmännische Tätigkeit von bestimmter Dauer abstellt ⁴⁾, gilt grundsätzlich für alle Zweige des Einzelhandels (allgemeine Sachkunde).

1) BGBI. I S. 1121

2) In Ziff. 2 ist als weiterer Versagungsgrund mangelnde Zuverlässigkeit aufgeführt.

3) S. auch die VO über den Nachweis der Sachkunde für den Einzelhandel vom 4.3.1960 (BGBI. I S. 172).

4) Im einzelnen s. hierzu unten S. 68 f.

Nur für den Handel mit Lebensmitteln oder mit Arzneimitteln und ärztlichen Hilfsmitteln werden in § 4 II zusätzliche Anforderungen gestellt (besondere Sachkunde) ¹⁾.

Das EinzelhG hat nach § 1 einen sehr weiten Anwendungsbereich ²⁾. Dies zwingt in besonderem Maße zu der Prüfung, ob die getroffene Regelung, die - von den bezeichneten Ausnahmen abgesehen - einen für alle Warenkreise gleichmäßig geltenden Sachkundenachweis aufstellt, mit Art. 12 I GG vereinbar ist. Es fragt sich insbesondere, ob es nicht notwendig gewesen wäre, in weitergehendem Maße auch nach den Schutzobjekten und der jeweiligen Gefahrenlage zu differenzieren.

2. Die Entstehung der geltenden Regelung.

- a) Um die Bedeutung der vorstehend skizzierten Regelung richtig würdigen zu können, empfiehlt es sich, einen Blick auf ihre Entstehungsgeschichte zu werfen. Das EinzelhG ist erst im Jahre 1957 in Kraft getreten. Bis dahin galt das - zunächst für eine Übergangszeit gedachte - Gesetz zum Schutze des Einzelhandels (EHSchG) vom 12.5.1933 ³⁾,

1) S. aber den auch insoweit geltenden § 4 IV und im übrigen zum Fragenkreis z.B. Britsch-Rosenberger-Hauss, EinzelhG, § 3 Anm. 8; § 4 Anm. 1, 32.

2) S. dazu auch Sigl, EinzelhG, Vorbem. 1 vor § 1 (S. 94 ff.).

3) RGBl. I S. 262. Vorausgegangen war eine Notverordnung vom 9.3.1932 (RGBl. I S. 125, s. auch S. 571).

das in der Folgezeit mehrfach geändert worden ist und seine endgültige Fassung am 9.5.1935 erhalten hat ¹⁾. In § 2 I dieses Gesetzes wurde die Errichtung und Übernahme von Einzelhandels-Verkaufsstellen verboten. Hiermit wurde das Ziel verfolgt, den wirtschaftlichen Bestand der mittelständischen Betriebe des Einzelhandels gegen ihn bedrohende Gefahren zu sichern ²⁾. Von dem damit ausgesprochenen absoluten Errichtungs- und Übernahmeverbot konnten zwar gemäß § 5 EHSchG Ausnahmen bewilligt werden. Eine solche Ausnahmebewilligung war jedoch, selbst bei dem Nachweis eines bestehenden Bedürfnisses ³⁾, auch dann zu versagen, wenn der Unternehmer oder die von ihm für die Leitung des Unternehmens vorgesehene Person nicht die für den Betrieb der Verkaufsstelle erforderliche Sachkunde nachwies ⁴⁾. Damit war allerdings die allgemeine Errichtungs- und Übernahmesperre zu einer Zulassungsregelung geworden. Auch diese mußte sich jedoch dem weiterhin maßgebenden Gesetzeszweck - Existenzsicherung im mittelständischen Einzelhandel - unterordnen.

1) RGBl. I S. 589; vgl. Britsch-Rosenberger-Hauss, S. 51, 109 ff., auch 459 ff.; Sigl, S. 58-61.

2) Vgl. Britsch-Rosenberger-Hauss S. 109 ff., 135 ff. auch BVerwGE 2, 295 (297).

3) S. hierzu die DurchfVO vom 12.5.1933 (RGBl. I S. 267).

4) und wenn außerdem nichts gegen die Zuverlässigkeit sprach. S. die DurchfVO vom 23.7.1934 (RGBl. I S. 726), insbes. Ziff. I.

b) Das Einzelhandelsschutzgesetz ist nach dem Krieg in der amerikanischen Besatzungszone aufgehoben worden, und in einigen Ländern der britischen Besatzungszone wurde durch besondere Gewerbezulassungsgesetze bestimmt, daß eine Genehmigung nicht wegen Fehlens eines Bedürfnisses oder wegen Übersetzung abgelehnt werden dürfe ¹⁾. Auch im übrigen bestand Übereinstimmung darüber, daß diese objektiven Zulassungsvoraussetzungen mit Art. 12 I GG unvereinbar und deshalb nicht mehr anzuwenden seien ²⁾. Über die Verfassungsmäßigkeit des Sachkundenachweises gingen dagegen in Rechtsprechung und Literatur die Meinungen auseinander. Mehrere Gerichte - so das OLG Köln und das OVG Münster - haben die Auffassung vertreten, die Zulassung eines Einzelhandelsgeschäftes dürfe in solchen Branchen nicht von einer Sachkundeprüfung abhängig gemacht werden, für die der Schutz der Allgemeinheit offensichtlich eine besondere Sachkunde nicht erfordere, und das EHSchG sei auch insoweit ungültig ³⁾. Überwiegend ist jedoch das Sachkundeerfordernis als grundsätzlich verfassungsgemäß erachtet worden ⁴⁾, allerdings

1) S. hierzu im einzelnen Über S. 110 FN 304, auch Britsch-Rosenberger-Hauss S. 110, 111 f.

2) Vgl. dazu noch Über S. 239 f.

3) OLG Köln in NJW 1953, 78; OVG Münster in DÖV 1953, 192, GewArch 1956, 207; zustimmend Rohlfing-Kiskalt-Wolff, GewO, § 1 Anm. 2 a (S.19 f.) m.w.Nachw.

4) So insbes. BVerwGE 2, 295 (301); 3, 69 (71).

zum Teil nur mit der Einschränkung, daß jeweils lediglich das unbedingt erforderliche Maß an Sachkunde verlangt werden dürfe ¹⁾.

Vor allem wegen der eingetretenen Rechtszersplitterung wurde bereits in der ersten Legislaturperiode des Bundestages der Entwurf eines neuen Einzelhandelsgesetzes eingebracht, bei dem die Sachkunde auf Warenkreise abgestellt war. Erst auf Grund eines neuen Entwurfes in der zweiten Wahlperiode ist das Gesetz dann verabschiedet worden ²⁾. Wie insbesondere der Verzicht auf alle Voraussetzungen mit absoluter Sperrwirkung zeigt, hat das neue EinzelhG eine gänzlich andere Zwecksetzung als das EHSchG. Nach seiner Begründung bezweckt es nicht mehr die Sicherung des Bestandes und der Rentabilität der Einzelhandelsunternehmen, sondern einmal die Sicherung eines echten Leistungswettbewerbs im Handel und zum anderen den Schutz des Verbrauchers, der in seinem Vertrauen auf die Sachkunde und Zuverlässigkeit des Inhabers eines Einzelhandelsgeschäftes nicht enttäuscht werden soll ³⁾. Im Unterschied zu der früheren Regelung ist die Erlaubnis nicht

1) So BGH in NJW 1957, 1407 = GewArch 1957/58, 112 (114); zustimmend BVerwG in GewArch 1959/60, 144 f. Vgl. auch Britsch-Rosenberger-Hauss S. 128 ff.

2) S. den Überblick bei Britsch-Rosenberger-Hauss S. 110 f., 134 ff.

3) Vgl. Britsch-Rosenberger-Hauss S. 134 f.; Reuss DVBl. 1957 S. 705 f.; Becker NJW 1957, S. 1783 f.

mehr an die Verkaufsstelle, sondern an die Person gebunden. Abgesehen von der Sonderregelung für den Handel mit Lebensmitteln sowie mit Arzneimitteln und ärztlichen Hilfsmitteln wird in dem geltenden Gesetz nicht nach Warenkreisen unterschieden ¹⁾.

3. Die Verfassungsmäßigkeit des Sachkundenachweises.

Die Vereinbarkeit der nunmehrigen Regelung des Sachkundenachweises nach Art. 12 I GG hängt zunächst davon ab, ob die darin enthaltene Beschränkung des Grundrechts freier Berufswahl durch den Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erfordert wird ²⁾. In dieser Hinsicht ist, namentlich was den Handel mit Lebens- und Arzneimitteln angeht, an Leben und Gesundheit der Verbraucher zu denken. Für den Gesetzgeber im Vordergrund standen aber der Schutz der Verbraucher gegen unlautere Methoden sowie die Gewährleistung einer einwandfreien Beratung ³⁾. Solche Interessen rechtfertigen aber keine Beschränkung des durch Art. 12 I GG garantierten Grundrechtes. Hinzu kommt, daß das EinzelhG offensichtlich zugleich weiterhin darauf abzielt, die bestehenden Einzelhandelsunternehmungen zu begünstigen. Dies geht namentlich

1) Wegen der Unterschiede zu der früheren Regelung vgl. im übrigen Britsch-Rosenberger-Hauss S. 136 f.

2) und ob diesem Gewerbe mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Gefahr droht. S. dazu oben

3) S. schon oben S. 66, auch FN 3.

daraus hervor, daß gemäß § 6 des Gesetzes ein Einzelhandelsbetrieb nach dem Tod des Unternehmers von dem überlebenden Ehegatten auf unbegrenzte Zeit und von den Erben bis zur Dauer von 5 Jahren auch ohne Stellvertreter weitergeführt werden darf ¹⁾. Bezeichnend ist auch, daß nach § 4 der DVO zum EinzelhG ²⁾ die in der Prüfung nach § 4 IV des Gesetzes zu fordernde Sachkunde keine Warenkenntnisse umfaßt ³⁾.

Zweifelhaft ist weiterhin, ob die gegenwärtige Regelung geeignet ist, die ihr gesetzten Zwecke zu erreichen. Vor allem aber fragt sich, ob es zur Abwehr drohender Gefahren zwingend notwendig war, das Grundrecht der Berufsfreiheit durch Anordnung eines Befähigungsnachweises in der geschehenen Weise einzuschränken. Zwar sind in § 4 EinzelhG verschiedene Wege für die Erbringung dieses Nachweises eröffnet ⁴⁾, also eine gänzlich schematische Regelung vermieden. Auch ist bereits in der Weise differenziert, daß gerade für die Warenarten, bei welchen in besonderer Weise eine Gefährdung der Gesundheit der Abnehmer in Betracht kommt, die Anforderungen erschwert sind,

1) S. auch die Übergangsregelung in § 8 EinzelhG.

2) S. oben S. 62 FN 3.

3) S. hierzu namentlich Reuss in DVBl. 1957, 706, welcher dazu sagt, hier komme die Katze aus dem Sack.

4) Wer keine Kaufmannsgehilfenprüfung bestanden und auch diese kaufmännische Tätigkeit von bestimmter Dauer ausgeübt hat, kann nach § 4 IV EinzelhG eine besondere Prüfung ablegen. S. dazu auch die DVO vom 4.3.1960 (s. oben S.62 FN 3).

nämlich für den Einzelhandel mit Lebensmitteln und mit Arzneimitteln sowie ärztlichen Hilfsmitteln (§ 4 II EinzelhG)¹⁾. Gleichwohl bestehen gegen den Sachkundenachweis Bedenken jedenfalls insoweit, als entgegen den ursprünglichen Absichten (Unterscheidung nach Warenkreisen)²⁾ außerhalb dieser Sonderregelung der Nachweis der (allgemeinen) Sachkunde für alle Warenarten in gleicher Weise angeordnet ist. Ein solcher Nachweis ist allenfalls insoweit gerechtfertigt, als nach der Art der zu verkaufenden Ware, vor allem wegen ihrer Gefährlichkeit etwa für die menschliche Gesundheit, eine eigentliche Sachkunde erforderlich ist³⁾. In den sonstigen Fällen ist ein Sachkundenachweis sinnlos und nach Art. 12 I GG nicht zu rechtfertigen. Darüber hinaus ist sogar zu bezweifeln, ob es der Anordnung eines solchen Nachweises überhaupt bedurfte. Die Möglichkeit der Untersagung der Betätigung wegen Unzuverlässigkeit hätte genügt⁴⁾.

-
- 1) S. aber auch insoweit § 4 IV EinzelhG und § 4 II der DVO, wonach hier Warenkenntnisse erforderlich sind.
 - 2) S. oben S. 66; auch Britsch-Rosenberger-Hauss S. 111, 136, 242.
 - 3) Die Bedenken, welche in der Rechtsprechung gegen den Sachkundenachweis nach dem EHSchG erhoben worden sind, bleiben in diesem Sinne berechtigt. S. dazu oben S. 65 FN 3 und auch Becker, NJW 1957, 1785.
 - 4) S. z.B. Reuss, DVBl. 1957, 707 zu 2a.

Die Anordnung des Nachweises der allgemeinen Sachkunde wird zusätzlich dadurch fragwürdig gemacht, daß nach § 2 EinzelhG die Vorschriften des Gesetzes auf das Feilhalten im ambulanten Gewerbe und im Marktverkehr nicht anzuwenden sind ¹⁾. Da z.B. Obst und Gemüse auch im ambulanten Handel verkauft werden dürfen, bedarf es insoweit lediglich einer Reisegewerbekarte (§ 55 I GewO). Nicht einmal diese ist aber erforderlich, wenn der Erzeuger selbst Obst oder Gemüse verkauft (§ 55 a I Ziff. 2 GewO). Entsprechendes gilt für den Marktverkehr (§§ 64 I, 66 I Ziff. 1, 2 GewO). Eine derart unterschiedliche Behandlung erscheint als sachlich gänzlich ungerechtfertigt ²⁾. Auch hieraus ergibt sich, daß die Anordnung eines generellen Sachkundenachweises das Erfordernis der Notwendigkeit nicht erfüllt. Die jetzt geltende Regelung ist sonach mit Art. 12 I GG unvereinbar.

1) Zu den Gründen hierfür vgl. Britsch-Rosenberger-Hauss § 2 Anm. 1 a; Kritisch Sigl § 2 Anm. 2.

2) So richtig OLG Köln in NJW 1953, 78. Die Kritik von Sigl S. 13 geht fehl. Ein Denkfehler ist es im Gegenteil, wenn davon abgesehen wird, den als Gesetzeszweck bejahten Verbraucherschutz auch hier gelten zu lassen.

§ 8. Der Betriebsmittel- oder Kapitalnachweis.

Der Gesetzgeber hat für verschiedene Wirtschaftszweige die Berufszulassung von dem Nachweis abhängig gemacht, daß der Bewerber über die notwendigen Mittel verfügt ¹⁾. Dieser Betriebsmittel- oder Kapitalnachweis ist als eine subjektive Zulassungsvoraussetzung anzusehen, weil die Erfüllungbarkeit grundsätzlich im Einflußbereich des Bewerbers liegt, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß der Einflußnahme im Einzelfall weitgehende Grenzen gesetzt sein können ²⁾. Nachstehend sollen die wohl wichtigsten Fälle dieser Art auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden.

1. Kredit- und Versicherungswesen.

- a) Nach § 32 I des Gesetzes über das Kreditwesen (KreditwG) vom 10.7.1961 ³⁾ bedarf derjenige, der Bankgeschäfte in dem in § 1 I bezeichneten Umfang betreiben will, der Genehmigung des Bun-

1) Vgl. z.B. § 4 I c des Kreditwesengesetzes vom 25.9.1939 (RGBl. I S. 1955) bzw. § 33 I Ziff. 1 des jetzt geltenden Kreditwesengesetzes vom 10.7.1961 (BGBl. I S. 881), weiterhin § 8 III des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 31.6.1951 (BGBl. I S. 450), ergänzt durch das Gesetz vom 22.12.1954 (BGBl. I S. 501) und § 34 a I Ziff. 2 GewO.

2) S. dazu BVerwG in DÖV 1958 S. 347; Landmann-Rohmer § 34 Anm. 4, sowie Einleitung S. 34/35; Rohlfing-Kiskalt-Wolff § 34 Anm. 2; auch Bachof, Grundrechte S. 233 und noch oben S. 36 ff. (§ 4 III 1).

3) S. die vorstehende Fußnote, auch oben S. 49 FN 2.

desaufsichtsamt, die u.a. gemäß § 33 I Ziff. 1 dann zu versagen ist,

"wenn die zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel, insbesondere ein ausreichendes haftendes Eigenkapital ... nicht zur Verfügung stehen."

Durch den Kapitalnachweis sollen die allgemeine wirtschaftliche Sicherheit sowie die Einlagen der Kunden gesichert werden. Dies sind Rechtsgüter, welche im Interesse einer geordneten Volkswirtschaft als vorrangig schutzwürdig und schutzbedürftig anzusehen sind ¹⁾. Das Mittel des Kapitalnachweises ist auch geeignet, diesen Schutz zu bewirken, und es bedarf seiner auch. Selbst eine verschärfte Überprüfung der persönlichen Zuverlässigkeit und die Möglichkeit einer intensiven Überwachung durch das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen (§§ 5 I, 6 KreditwG) können die notwendige Sicherheit für die Einlagen der Kunden und die Liquidität der Unternehmen nicht in dem Maße gewährleisten wie die Forderung nach einem Mindestkapital. Die Kunden, mit deren Einlagen ein Kreditinstitut arbeitet und die auch keinen Einblick in die geschäftliche Tätigkeit der Bank haben, könnten bei Fehlspekulationen erhebliche wirtschaftliche Schädigungen erleiden. Die Bankenaufsicht allein kann diesen Schutz nicht garantieren, zumal sich

1) Eingehend hierzu Zimmerer-Schönle, KreditwG, S. 22 ff.

deren Aufgabe nicht in der Beaufsichtigung erschöpft, sondern darüber hinaus die Wahrung der gesamtwirtschaftlichen Funktion des Kreditgewerbes zum Inhalt hat (§ 6 II KreditwG). Auch die im Gesetz vorgesehenen Beschränkungen der Geschäftsführung¹⁾ reichen nicht aus, um den notwendigen Schutz herbeizuführen.

Auch die erforderliche Verhältnismäßigkeit zwischen Mittel und Zweck erscheint gewahrt. Der Gesetzgeber hat wegen der unterschiedlichen Struktur des Kreditgewerbes keinen festen Eigenkapitalsatz festgelegt, sondern von "erforderlichen Mitteln" gesprochen²⁾. In § 10 I des Gesetzes ist außerdem bestimmt, daß im Interesse der Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber Gläubigern, insbesondere zur Sicherheit der anvertrauten Vermögenswerte, ein angemessenes haftendes Eigenkapital vorhanden sein muß. Diese Regelung ermöglicht eine Anpassung an den Einzelfall, sodaß insofern eine willkürliche Festsetzung vermieden ist. Die Regelung erscheint daher als mit Art. 12 I GG vereinbar³⁾.

1) Z.B. §§ 3, 11, 16, 18 usw.

2) Zimmerer-Schönle § 33 Anm. II 1

3) Zimmerer-Schönle § 10 Anm. I, aber auch S. 64. Vgl. z.B. noch Bachof, Grundrechte S. 293 f. A.A. Über S. 252 ff., der den Kapitalnachweis unterschiedslos ablehnt.

- b) Die gemäß § 5 I des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen (VAG) vom 6.6.1931 ¹⁾ notwendige Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe kann gemäß § 8 I Ziff. 2 u.a. dann versagt werden, wenn "die Verpflichtungen aus den Versicherungen nicht genügend als dauernd erfüllbar dargetan sind". Die Erlaubnis kann weiterhin nach § 8 III von der Auflage abhängig gemacht werden, daß eine angemessene Sicherheit gestellt wird. Für die hier geregelte Kapitalausstattung des Versicherungsunternehmens gilt das vorstehend zu a) Gesagte entsprechend ²⁾.

2. Regelungen im Gewerberecht.

- a) Gemäß § 1 Ziff. 3 des Gesetzes über das Versteigerergewerbe vom 16.10.1934 ³⁾ in Verbindung mit § 11 I Ziff. 5 der VO zur Durchführung dieses Gesetzes (Versteigerervorschriften) ⁴⁾ besitzt die erforderliche Zuverlässigkeit nur, wer u.a. "die zum Gewerbebetrieb erforderlichen Mittel hat". Durch dieses Erfordernis soll offenbar erreicht werden, daß einzelne Auftraggeber

1) RGBl. I S. 315, 750. Wegen späterer Änderungen vgl. Prölß, VAG, vor § 1 (S. 89).

2) Vgl. auch Prölß § 8 Anm. 11, 12, 15.

3) RGBl. I S. 974, 1111 i.d.F. vom 12.2.1938 (RGBl. I 202)

4) vom 30.10.1934 (RGBl. I S. 1091, 1111).

keine Vermögensschäden erleiden ¹⁾). Somit handelt es sich nicht eigentlich um den Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes. Vor allem aber fehlt es an der Geeignetheit und an der Notwendigkeit einer solchen Zulassungsvoraussetzung. Die Zuverlässigkeit, für deren Feststellung in § 11 der Versteigerervorschriften eine Reihe weiterer Voraussetzungen aufgestellt ist, hängt nicht von dem vorhandenen Kapital ab und läßt sich auch ohne dieses Erfordernis ausreichend sicherstellen. Daher ist die bezeichnete Regelung insoweit mit Art. 12 I GG unvereinbar.

- b) Wer gewerbsmäßig Leben oder Eigentum fremder Personen bewachen will, bedarf nach § 34 a I GewO ²⁾ der Erlaubnis. Diese ist u.a. dann zu versagen, wenn der Bewerber "die für den Gewerbebetrieb erforderlichen Mittel oder entsprechende Sicherheiten nicht nachweist" (§ 34 a I Ziff. 2 GewO). Hier ist die Verfassungsmäßigkeit schon deswegen zu verneinen, weil kein wichtiges Gemeinschaftsgut ersichtlich ist, das in dieser Weise zu schützen wäre. Die Gründe, welche etwa Rohlfing-Kiskalt-Wolff ³⁾ für ihre Auffassung anführen, diese Voraussetzung

1) S. auch Landmann-Rohmer Bd. I Anhang 45, S. 993 FN 3, wo davon ausgegangen wird, daß die Vorschrift einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit vorbeugen solle.

2) Neugefaßt durch Gesetz vom 5.2.1960 (BGBl. I S. 61).

3) § 34a Anm. 2.

verstoße nicht gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit, können nicht überzeugen. Fehl gehen insbesondere die Hinweise auf Gefahrenabwehr und den Anspruch auf Sicherheit und Ordnung. Denn die Erteilung eines Bewachungsauftrages entbindet die staatlichen Organe nicht von ihrer öffentlich-rechtlichen Sicherungsverpflichtung dem Einzelnen gegenüber. Dieser will durch Abschluß eines Vertrages mit dem Überwachungsinstitut nur eine zusätzliche Sicherung seines Eigentums oder Lebens erreichen. Auch Landmann-Rohmer ¹⁾, die die Zulässigkeit einer solchen Prüfung damit begründen wollen, daß dadurch eine angemessene Bezahlung des Wachpersonals und die Beschäftigung zuverlässiger Leute garantiert werden solle, ist nicht beizupflichten. Denn allein durch das Vorhandensein finanzieller Mittel ist noch nicht sichergestellt, daß die Bezahlung in angemessener Höhe erfolgt. Nur die persönliche Zuverlässigkeit kann maßgebend dafür sein, ob ein Antragsteller sein Gewerbe sachgemäß und verantwortungsbewußt durchführen will. Man kann also durch erhöhte Anforderungen an die Zuverlässigkeit solche Bewerber ausschalten, gegen die begründete Bedenken bestehen. Die gegenwärtige Regelung muß deshalb, da sie zu sehr sicherheitspolizeiliche Belange in den Vordergrund stellt, als verfassungswidrig angesehen werden ²⁾.

1) § 34 a Anm. 4 b.

2) A.M. hinsichtlich der Sicherheitsleistung Über S. 254. Noch weitergehend und letztlich auf den Einzelfall abstellend Bachof, Grundrechte S. 234.

2. Abschnitt

Die objektiven Zulassungsvoraussetzungen.

9. Die Altersgrenzen.

I. Allgemeines.

1. Die Regelungsformen.

In verschiedenen Berufsordnungsgesetzen ist die Zulassung zum Beruf von einem bestimmten Lebensalter abhängig gemacht. Dies geschieht entweder in der Weise, daß

- a) die Erreichung eines bestimmten Mindestalters zur Voraussetzung der Berufsaufnahme gemacht wird (Mindestaltersgrenze)

oder so, daß

- b) die Zulassung zum Beruf nach Erreichung eines bestimmten Alters nicht mehr möglich sein oder erlöschen soll (Höchstaltersgrenze).

So trifft z.B. die VO über das Schornsteinfegerwesen vom 28.7.1937 ¹⁾ folgende Regelung: In die Bewerberliste darf nur eingetragen werden, wer das 27. Lebensjahr vollendet hat (§ 11 Ziff. 7). Als Bezirksschornsteinfegermeister darf nur bestellt werden, wer das 55. Lebensjahr noch nicht überschritten hat (§ 22 I Ziff. 5). Die Bestellung des Bezirksschornsteinfegermeisters erlischt mit dem Ablauf des Kalendervierteljahres, in dem er das 70. Lebensjahr vollendet hat (§ 45 i.V.m. § 1 I des Gesetzes zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens vom 22.1.1952) ²⁾.

1) RGBl. I S. 831, 1134.

2) BGBl. I S. 75. Wegen weiterer Fälle s. den nachfolgenden Text.

2. Die Altersgrenzen als objektive Zulassungsvoraussetzungen.

Über die Frage, ob Altersgrenzen als subjektive oder objektive Zulassungsvoraussetzungen anzusehen sind, gehen die Meinungen auseinander. Das Bundesverfassungsgericht hat namentlich die Höchstaltersgrenze von ebenfalls 70 Jahren, welche für Hebammen angeordnet ist ¹⁾, als subjektive Voraussetzung eingestuft ²⁾. Unter Hinweis auf die Altersgrenze für Beamte hat es ausgeführt, daß eine Höchstaltersgrenze nicht deswegen objektiver Natur sei, weil sie eine absolute Sperrwirkung hätte. Es komme nicht darauf an, ob sie dem Einfluß der einzelnen Bewerber schlechthin entzogen sei, sondern allein auf die rechtliche Zurechnung der Erfüllung dieser Voraussetzung. Wenn es um den Besitz persönlicher Eigenschaften gehe, liege immer eine subjektive Zulassungsvoraussetzung vor. Die rechtliche Wirkung einer Altersgrenze bestehe darin, daß die Vermutung aufgestellt werde, von einem bestimmten Zeitpunkt an fehle dem Berufstätigen die erforderliche Leistungsfähigkeit.

Dieser Auffassung kann, wie bereits oben ausgeführt ³⁾, nicht gefolgt werden. Sie setzt sich über die zutreffenden Abgrenzungsmerkmale, die

1) § 1 der 4. VO zur Durchführung des Hebammengesetzes vom 16.12.1939 (RGBl. I S. 2457) i.V.m. § 5 des Hebammengesetzes vom 21.12.1938 (RGBl. I S. 1893)

2) BVerfGE 9, 338 (345); ebenso BVerwG in DÖV 1960 S. 148. S. auch Hamann, Grundgesetz, Art. 12 Anm. B 5 c aa.

3) S. 37-38.

das Bundesverfassungsgericht selbst - vor allem im Apothekenurteil - herausgearbeitet hat und an denen festzuhalten ist, ohne einleuchtenden Grund hinweg. Es ist gewiß richtig, daß die auf der Lebenserfahrung beruhende Vermutung verminderter Leistungsfähigkeit auf die einzelne Person bezogen ist. Entscheidend muß jedoch auch hier sein, daß eine schematische Grenze gezogen wird, für welche es auf die Gegebenheiten des einzelnen Falles nicht ankommen soll. Da diese Grenze der Beeinflussung des einzelnen gänzlich entzogen ist, handelt es sich um eine objektive Zulassungsvoraussetzung ¹⁾.

II. Die Verfassungsmäßigkeit einzelner Regelungen.

1. Höchstaltersgrenzen.

a) Hebammengewerbe.

Gemäß § 5 des Hebammengesetzes (HebG) vom 21.12.1938 ²⁾ kann durch Verordnung eine Altersgrenze festgesetzt werden, nach deren Erreichung die Anerkennung als Hebamme und die Niederlassungserlaubnis erlöschen. In § 1 der 4. DVO zum HebG ³⁾ ist demgemäß bestimmt worden, daß die Altersgrenze für Hebammen mit der Vollendung des 70. Lebensjahres erreicht werde. Da, wie vorstehend ausgeführt, die Höchstaltersgrenze als objektive Zulassungsvoraussetzung zu werten ist, muß auch die verfassungsmäßige Zulässigkeit nach den hierfür geltenden strengen Maßstäben geprüft werden.

1) Im Ergebnis ebenso Bachof, Grundrechte S. 217.

2) RGBI. I S. 1893, s. auch vorstehend S.78 FN 1.

3) S. oben S. 78 FN 1.

Besonders wichtige, überragende Gemeinschaftsgüter, die in diesem Falle geschützt werden sollen, sind ersichtlich Gesundheit und Leben von Mutter und Kind. Jedoch fragt sich, ob es zwingend erforderlich war, hierzu eine Höchstaltersgrenze festzulegen, und ob es nicht möglich war, den gewünschten Schutz mit weniger einschneidenden Maßnahmen zu erreichen. Bei der Festsetzung einer Höchstaltersgrenze geht der Gesetzgeber - wie sich schon zeigte - von der Erwägung aus, daß mit der Erreichung eines bestimmten Alters erfahrungsgemäß die körperliche Eignung des Berufstätigen abnimmt, sodaß dieser beruflichen Belastungen nicht mehr gewachsen ist. Wenn dies auch generell zutreffen mag, ist damit über die Leistungsfähigkeit im Einzelfalle noch nichts ausgesagt ¹⁾. Das Bundesverfassungsgericht, welches - davon ausgehend, daß die Höchstaltersgrenze eine subjektive Zulassungsvoraussetzung sei - die Verfassungsmäßigkeit bejaht hat, hat hierzu gesagt, eine solche Generalisierung rechtfertige sich vor allem, wenn die gesetzliche Regelung die Bewilligung einer Ausnahme zulasse, falls die persönliche Leistungsfähigkeit noch genüge ²⁾. In der Tat kann nach § 2 der 4. DVO zum HebG die höhere Verwaltungsbehörde "bis auf weiteres" solchen Hebammen, die die Altersgrenze

1) Außerdem ist die Altersgrenze mehr oder minder willkürlich. Dies wird auch dadurch deutlich gemacht, daß die Höchstaltersgrenze für Hebammen in Westberlin auf 65 Jahre festgesetzt ist (VO v. 9.5.1950, VOB1. I S. 170). S. auch Landmann-Rohmer § 30 Anm. 8 a.E.

2) BVerfGE 9, 338 (348).

erreicht haben, aber geistig und körperlich den Anstrengungen des Berufes noch gewachsen sind, die weitere Ausübung ihres Berufes genehmigen. Diese Genehmigung, welche nur ausnahmsweise erteilt werden soll, steht jedoch im Ermessen der Behörde und kann jederzeit widerrufen werden (§ 2 S. 3 der 4. DVO). Deshalb kann in dieser Regelung kein hinreichender Ausgleich für die generelle Anordnung einer Höchstaltersgrenze gesehen werden ¹⁾.

Der Schutz, welcher der Gesundheit von Mutter und Kind zuteil werden soll, läßt sich mit weniger einschneidenden Mitteln erreichen, welche im Hebammengesetz und den dazu ergangenen Durchführungsverordnungen sogar schon bereitgestellt sind. Gemäß § 7 Ziff. 3 HebG i.V.m. § 2 der 1. DVO ²⁾ muß die Hebamme ihrem Zulassungsgesuch ein Gesundheitszeugnis beifügen und den Nachweis ihrer körperlichen Eignung erbringen. Die Verwaltungsbehörde hat dann gemäß § 8 II Ziff. 1 HebG jederzeit die Möglichkeit, die einmal erteilte Anerkennung zurückzunehmen, wenn infolge Krankheit oder Schwäche der geistigen oder körperlichen Kräfte der Hebamme die zur Berufsausübung erforderliche Eignung fehlt. In § 13 der 6. DVO ³⁾ ist weiterhin bestimmt, daß die Hebammen sich mindestens alle drei Jahre einer Nachprüfung durch den Amtsarzt zu unterziehen haben. Damit wird aber

1) S. auch wegen der ähnlichen Fragestellung bei der HandwO oben S. 58-60.

2) VO vom 3.3.1939 (RGBl. I S. 417).

3) VO vom 16.9.1941 (RGBl. I S. 561).

die Verwaltungsbehörde in regelmäßigen Abständen über den Gesundheitszustand einer Hebamme orientiert. Sie kann außerdem jederzeit anordnen, daß sich eine Hebamme zu einer Untersuchung bei einem Amtsarzt meldet ¹⁾. Daher kann sie auf Grund des Untersuchungsergebnisses überprüfen, ob die Anerkennung gemäß § 8 II 1 HebG zurückzunehmen ist. Die Verwaltungsbehörde hat somit die Möglichkeit, den Schutz der öffentlichen Gesundheit auf diesem Gebiet zu gewährleisten, ohne daß es einer objektiven Zulassungsbeschränkung bedarf. Entsprechend dem Grundsatz, daß bei Beschränkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit eine höhere Stufe erst betreten werden darf, wenn die betreffende Gefahr anders nicht wirksam bekämpft werden kann, ist deshalb die Festsetzung einer Höchstaltersgrenze verfassungswidrig ²⁾.

b) Schornsteinfegerwesen.

Gemäß § 1 I des Gesetzes zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens vom 22.1.1952 ³⁾ erlischt die Bestellung eines Bezirksschornsteinfegermeisters mit Ablauf des Vierteljahres, in dem er das 70.

1) § 20 der Dienstordnung für Hebammen vom 16.2.1943 (RGesundhBl. S. 138).

2) So richtig schon Über S. 259 FN 899. - Selbst wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht die Höchstaltersgrenze als subjektive Zulassungsvoraussetzung betrachten würde, wäre sie verfassungswidrig, da - wie oben ausgeführt - den evtl. drohenden Gefahren mit weniger einschneidenden Mitteln begegnet werden kann.

3) S. - auch wegen der weitgehend gleichlautenden Vorschrift in § 45 der VO vom 28.7.1937 - oben S. 77 FN 2.

Lebensjahr vollendet. Das überragende Gemeinschaftsgut, das hiermit geschützt werden soll und auch des Schutzes bedarf, ist die Feuersicherheit einschl. der Sicherheit für Leib, Leben und Eigentum der Bewohner von Häusern. Insofern bestehen gegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelung keine Bedenken. Es fragt sich jedoch auch hier, ob die Anordnung einer Höchstaltersgrenze zwingend erforderlich war und ob nicht weniger einschneidende Mittel ausgereicht hätten.

Die Bestellung als Bezirksschornsteinfegermeister darf nach § 22 I Ziff. 2 SchornsteinfegerVO ¹⁾ nur dann erfolgen, wenn der Bewerber durch amtsärztliches Gutachten nachweist, daß er imstande ist, die Kehrarbeiten selbst auszuführen oder - unter besonderen Umständen - wenigstens die Arbeiten der Gesellen und Lehrlinge zu überwachen. In § 47 Ziff. 6 der genannten VO ist sodann festgelegt, daß die Bestellung zu widerrufen ist, wenn der Bezirksschornsteinfegermeister wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen zur dauernden Erfüllung seiner Berufspflichten nicht mehr imstande ist. In Nr. 63 der Ausführungsanweisung zur VO über das Schornsteinfegerwesen vom 28.7.1937 ²⁾ ist hierzu bestimmt, daß die Aufsichtsbehörde ³⁾, falls ein Bezirksschornsteinfegermeister die Verwaltung seines Bezirks wegen

1) S. oben S. 77 FN 1.

2) RGBI. I S. 841.

3) Dies ist die untere Verwaltungsbehörde (Nr. 51 S. 1 der Ausführungsanweisungen).

dauernder Erkrankung oder zunehmenden Alters vernachlässigt, durch ein amtsärztliches Gutachten feststellen lassen muß, ob er noch aufsichtsfähig ist. Wegen der in § 47 der SchornsteinfegerVO aufgestellten Pflicht zum Widerruf wird man die Verwaltungsbehörde aber auch schon dann für berechtigt halten müssen, eine amtsärztliche Begutachtung einzuholen, wenn allein wegen der Erreichung eines bestimmten Alters erfahrungsgemäß mit einer wesentlichen Verminderung der Leistungsfähigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters gerechnet werden muß. Selbst wenn man eine solche Verpflichtung, sich auf Verlangen einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen, verneinen will, hätte doch jedenfalls die Möglichkeit bestanden, sie für ein bestimmtes Alter anzuordnen. Mithin war es nicht erforderlich, eine schematische Altersgrenze zu bestimmen, mit welcher die Bestellung ohne Rücksicht auf die persönliche Leistungsfähigkeit und den Willen des Bezirksschornsteinfegermeisters erlischt ¹⁾. Die Anordnung einer Höchstaltersgrenze von 70 Jahren in den genannten Vorschriften ist deshalb mit Art. 12 I GG nicht vereinbar ²⁾. Etwas anderes gilt auch nicht etwa wegen des öffentlichen Interesses an der Tätigkeit des Schornsteinfegers.

1) In diesem Falle hat der Gesetzgeber nicht einmal die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Verlängerung vorgesehen.

2) Ebenso auch insoweit Über S. 259 FN 899.

Dieser untersteht zwar der Aufsicht der unteren Verwaltungsbehörde, ist aber nicht Beamter im Sinne des Art. 33 IV GG, sondern Gewerbetreibender ¹⁾.

Wie schon gesagt ²⁾, ist in der VO über das Schornsteinfegerwesen noch eine weitere Höchstaltersgrenze festgesetzt. Nach § 22 I Ziff. 5 darf als Bezirksschornsteinfegermeister nur bestellt werden, wer das 55. Lebensjahr noch nicht überschritten hat. Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 12 I GG ist durch das OVG Lüneburg in einem Urteil vom 25.9.1959 ³⁾ bejaht worden. Das Gericht ist hierbei in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht ⁴⁾ von der Auffassung ausgegangen, daß Altersgrenzen subjektive Zulassungsvoraussetzungen seien. Es hat hinzugesetzt, das zeige sich im vorliegenden Fall besonders darin, daß der Berufsanwärter es in der Hand habe, seine Meisterprüfung so rechtzeitig abzulegen, daß er frühzeitig genug zum Bezirksschornsteinfegermeister bestellt werden könne. Dem kann aber nicht gefolgt werden. Im Einflußbereich des Bewerbers liegt allein die Ablegung der Meisterprüfung; das zusätzlich geforderte Alterserfordernis aber bleibt eine objektive Zulassungsbedingung. Es ist auch

1) S. dazu insbes. § 27 I S. 1 SchornsteinfegerVO, wo ausdrücklich angeordnet ist, daß der Bezirksschornsteinfegermeister als Gewerbetreibender dem Handwerk angehört. S. auch § 39 GewO.

2) S. oben S. 77.

3) SchlHAnz 1960, 211.

4) BVerfGE 9, 338, s. oben S. 78 (FN 2).

nicht einmal ersichtlich, inwiefern es hier im Sinne der Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes ¹⁾ um den Besitz persönlicher Eigenschaften, Fähigkeiten oder Fertigkeiten gehen soll, da in diesem Falle die Vermutung unzureichender Leistungsfähigkeit noch nicht eingreifen kann. Liegt mithin eine objektive Zulassungsbedingung vor, gilt das oben Gesagte. Auch in diesem Fall genügen die vielfältigen Voraussetzungen subjektiver Art, die in der SchornsteinfegerVO aufgestellt sind, zum Schutz des Rechtsgutes der Feuersicherheit. Auch diese Höchstaltersregelung ist mithin verfassungswidrig.

c) Prüfingenieure für Baustatik.

Nach § 1 I der VO über die statische Prüfung genehmigungspflichtiger Bauvorhaben vom 22.8.1942 ²⁾ sind solche Vorhaben in statischer Hinsicht von der ordentlichen Baugenehmigungsbehörde zu prüfen. Gemäß § 1 II dieser VO hat die Baugenehmigungsbehörde, wenn sie die Prüfung nicht selbst vorzunehmen vermag, diese durch ein Prüfamts für Baustatik oder einen Prüfingenieur für Baustatik durchführen zu lassen. Die Voraussetzungen der Anerkennung als Prüfingenieur für Baustatik und des Wegfalls der Aner-

1) aaO. S. 345.

2) RGBl. I S. 546, ergangen auf Grund des Gesetzes über einstweilige Maßnahmen zur Ordnung des deutschen Siedlungswesens vom 3.7.1934 (RGBl. I S. 568).

kennung (§ 2 II der VO) sind in den Durchführungsbestimmungen des Bundesarbeitsministers vom 7.9.1942 ¹⁾ geregelt. Hiernach gehört u.a. zu den Anerkennungsvoraussetzungen, daß der Bewerber das 65. Lebensjahr noch nicht überschritten hat (C I 28 e), und es ist weiterhin angeordnet, daß die Anerkennung zurückziehen ist, wenn die Voraussetzungen für eine Anerkennung nicht mehr gegeben sind (C IV 41 a) Ob hieraus die Folgerung zu ziehen ist, daß die Erreichung des 65. Lebensjahres die Rücknahme der Anerkennung zur Folge haben soll, ist zumindest zweifelhaft ²⁾.

Wenn aber die Verordnung in dieser Weise verstanden werden müßte, enthielte sie eine doppelte Höchstaltersgrenze ³⁾, nämlich einmal für die Anerkennung als solche und sodann für ihren Bestand. In beiden Hinsichten ist jedoch die Vereinbarkeit mit Art. 12 I GG zweifelhaft. Der Anwendung dieser Verfassungsnorm steht zunächst nicht entgegen, daß die Tätigkeit als Prüflingenieur nur im Nebenberuf ausgeübt wird, da sie Erwerbszwecken dient und auch nicht nur vorübergehender Art ist und deshalb unter den für Art. 12

1) RArb.Bl. Teil I S. 392.

2) Mit gutem Grund wird dies verneint durch das OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11.7.1962 - Az. 2 A 14/62 - S. 10. Wegen der wohl ebenfalls zu verneinenden Frage, ob eine solche Regelung in der VO vom 22.8.1942 eine ausreichende Grundlage hätte, s. dort S. 6-9.

3) Es läge dann ebenso wie bei der in der SchornsteinfegerVO getroffenen Regelung, s. oben S. 82 ff.

I GG maßgebenden weiten Berufsbegriff fällt 1). Als zu schützendes Rechtsgut, das hier einen derartigen Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen könnte, kommen Leben, Gesundheit und Eigentum der Inhaber, Bewohner und sonstigen Benutzer genehmigungspflichtiger Bauten in Betracht. Um diesen Schutz zu verwirklichen, bedarf es jedoch auch insoweit nicht der Festlegung einer schematischen Höchstaltersgrenze. Die Leistungsfähigkeit eines Bewerbers und anerkannten Prüfüngenieurs läßt sich durch Prüfung des sachlichen Könnens und der persönlichen Zuverlässigkeit in hinreichendem Maße feststellen. Hinzu kommt hier, daß es an den betreffenden Behörden liegt, ihre Aufträge nur an solche Prüfüngenieur zu vergeben, die sie für hinreichend leistungsfähig halten 2).

Auch die Tatsache, daß der Prüfüngenieur von einer Behörde zur Erfüllung einer ihr obliegenden Staatsaufgabe herangezogen wird, kann nicht zu einer abweichenden Beurteilung führen. Denn der Prüfüngenieur wird durch die Bestellung nicht zum Beamten, und die Festsetzung der Grenze auf gerade 65 Jahre erscheint als willkürlich. Dies zeigt sich schon darin, daß die Höchstaltersgrenze für die Hebamme und den Bezirksschornsteinfegermeister auf 70 Jahre festgesetzt ist 3).

1) S. oben S. 13; auch BVerwG in DÖV 1960 S. 148 und das auf S. 87 FN 2 bezeichnete Urteil des OVG Rheinland-Pfalz (S. 5 f.).

2) So richtig OVG Rhld-Pf. aaO. S. 11.

3) Im ersten Falle besteht sogar noch eine Ausnahmemöglichkeit. S. oben S. 80 f.

Für andere vergleichbare Tätigkeiten aber ist überhaupt keine Altersgrenze bestimmt, so für öffentlich bestellte Vermessungsingenieure ¹⁾ und für amtliche Sachverständige und Prüfer im Kraftfahrzeugwesen ²⁾. Dementsprechend bedarf es auch für Prüfsingenieure für Baustatik keiner Höchstaltersgrenze, und es verbleibt bei der Feststellung, daß die oben bezeichnete Regelung mit § 12 I GG unvereinbar ist ³⁾.

2. Mindestaltersgrenzen.

a) Schornsteinfegerwesen.

Gemäß § 11 Ziff. 7 SchornsteinfegerVO ist Voraussetzung für die Eintragung in die Bewerberliste u.a. die Erreichung des 27. Lebensjahres ⁴⁾. Als überragendes Gemeinschaftsgut, dessen Schutz eine solche Voraussetzung rechtfertigen könnte, kommt auch insoweit die Feuersicherheit von Gebäuden in Betracht ⁵⁾. Es fragt sich jedoch in

1) Berufsordnung vom 20.1.1938 (RGBl. I S. 40).

2) KraftfahrzeugsachverständigenVO vom 10.11.1956 (BGBl. I S. 855). S. zu beiden Fällen OVG Rhld-Pf aaO. (S. 11).

3) A.M. für den Fall der Erstzulassung BVerwG in DÖV 1960, S. 225 wiederum mit dem Ausgangspunkt, es handle sich um eine subjektive Zulassungsvoraussetzung. Immerhin sind hier beachtliche Gründe für eine derartige Regelung angeführt.

4) S. schon oben S. 77.

5) Oben S. 83. Das zur Verfassungsmäßigkeit der Höchstaltersgrenze Angeführte gilt hier entsprechend.

diesem Falle bereits, ob die Festsetzung einer Mindestaltersgrenze geeignet ist, zu diesem Schutz beizutragen. Der Gesetzgeber ist offenbar von der Erwartung ausgegangen, daß erst mit Eintritt eines bestimmten Lebensalters ein Maß an persönlicher und charakterlicher Reife erreicht wird, das notwendig ist, um die verantwortungsvollen Aufgaben eines Bezirksschornsteinfegermeisters sachgemäß auszuführen. Zwar mag das festgesetzte Mindestalter von 27 Jahren durchschnittlichen Erfahrungen entsprechen. Da aber der Reifeprozess bei den einzelnen Menschen verschieden verläuft, ist mit der Schaffung einer solchen Grenze allein noch keine Gewähr für das Vorhandensein der gewünschten Eigenschaften gegeben ¹⁾.

Weiterhin fehlt es hier ebenso wie bei der Festsetzung einer Höchstaltersgrenze an der Notwendigkeit für eine derart schematische Regelung. Der angestrebte Zweck läßt sich insoweit auf andere Weise ebenso sicher und ohne eine derart einschneidende Maßnahme erreichen. Die vielfältigen Voraussetzungen, die zunächst für die Eintragung in die Bewerberliste und sodann für die Bestellung als Bezirksschornsteinfegermeister erfüllt sein müssen - insbesondere das Recht zur Führung des Meistertitels, eine längere Tätigkeit

1) Damit kann dem Lebensalter als solchem neben den sonstigen Zulassungsvoraussetzungen keine selbständige Rolle zukommen.

und die erforderliche Zuverlässigkeit - ¹⁾,
geben vollauf die gewünschte Sicherheit. Dies
gilt umso mehr, als die Bestellung zunächst nur
für ein Jahr auf Probe erfolgt ²⁾. Durch diese
Regelung ist die persönliche und fachliche Eigi-
nung so weitgehend sichergestellt, daß es da-
neben der stets mehr oder weniger willkürlichen
Festsetzung eines Mindestalters nicht bedarf.
Ihre Verfassungsmäßigkeit muß deshalb verneint
werden.

b) Erteilung einer Reisegewerbekarte.

Die Erteilung einer Reisegewerbekarte (§ 55 GewO)
kann gemäß § 57 a I Ziff. 3 GewO dem Antragstel-
ler u.a. grundsätzlich dann versagt werden, wenn
er das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hat ³⁾.
Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 12 I
GG ist schon zweifelhaft, wenn nach dem überrra-
genden Gemeinschaftsgut gefragt wird, das in
dieser Weise geschützt werden soll. Als Grund
für die Festsetzung der Altersgrenze wird der
Schutz der Allgemeinheit und vor allem der uner-
fahrenen und charakterlich noch nicht gefestigten
Jugend vor den sittlichen Gefahren, die mit der
Ausübung des Wandergewerbes verbunden sind, an-

1) S. insbes. §§ 11 Ziff. 2-4, 22 I Ziff. 3 u. 4
SchornsteinfegerVO.

2) § 23 I SchornsteinfegerVO, s. auch Abs. II:
"Vor der endgültigen Bestellung ist durch eine
Nachschau festzustellen, ob der Kehrbezirk ord-
nungsgemäß verwaltet worden ist.

3) Wegen der Ausnahmen, die der Gesetzgeber vor-
gesehen hat, vgl. nachfolgenden Text.

führt ¹⁾. Was den Schutz der Allgemeinheit angeht, handelt es sich offenbar vor allem um sicherheitspolizeiliche Überwachungsaufgaben, mit welchen eine objektive Zulassungsregelung nicht gerechtfertigt werden kann. Anderes könnte allerdings für den Schutz der Jugendlichen gelten. Insoweit fehlt es jedoch an der zwingenden Notwendigkeit für eine solche Altersgrenze. Insbesondere ist nicht einzusehen, warum nicht schon die Erlangung der Volljährigkeit genügen soll ²⁾. Dies gilt umso mehr, als die Regelung nicht deswegen getroffen sein kann, um eine gewisse Vorbildung zu sichern. Daß die angeordnete Altersgrenze nicht als unabdingbares Erfordernis anzusehen ist, hat der Gesetzgeber auch selbst dadurch anerkannt, daß er eine Ausnahme in den Fällen gemacht hat, wenn der Antragsteller Ernährer der Familie ist oder bereits zwei Jahre im Reisegewerbe tätig war. Die hier angeordnete Mindestaltersgrenze erfüllt deshalb nicht die Voraussetzungen, die an objektive Zulassungsbeschränkungen zu stellen sind, und verstößt gegen Art. 12 I GG.

1) So Rohlfing-Kiskalt-Wolff § 57 a Anm. 3 mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien.

2) S. die insoweit zutreffenden Ausführungen bei Landmann-Rohmer § 57 a Anm. 2. Die gegenteilige Ansicht von Rohlfing-Kiskalt-Wolff aaO., wonach das Erfordernis des 25. Lebensjahres mit Art. 12 I GG durchaus vereinbar ist, entbehrt der Begründung.

§ 10. Die Bedürfnisprüfung im allgemeinen.

1. In einer Anzahl von Berufsordnungsgesetzen ¹⁾ ist die Erteilung der Erlaubnis zur Berufsausübung von dem Vorhandensein eines Bedürfnisses abhängig gemacht ²⁾. Dieses Erfordernis stellt eine objektive Zulassungsvoraussetzung dar, denn ob ein Bedürfnis vorliegt, bemißt sich nach Kriterien, die sich einer Beeinflussung durch den Bewerber gänzlich entziehen ³⁾. Bei einer Verneinung des Bedürfnisses wird dem Bewerber die Erreichung des Berufszieles versperrt, ohne daß er die Möglichkeit hat, das Hindernis zu beseitigen.
2. Die Zulässigkeit einer Bedürfnisprüfung ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum eingehend erörtert worden ⁴⁾. Der Streit um die Verfassungsmäßigkeit von Bedürfnisprüfungen ist dadurch kompliziert worden, daß der Begriff des Bedürfnisses in den verschiedensten Modifikationen auftritt. So wird nicht nur schlicht von

1) Diese werden im einzelnen in den folgenden Paragraphen behandelt.

2) Zum Begriff des Bedürfnisses eingehend z.B. Über S. 228 ff., 236 ff.

3) S. oben S. 33 f.

4) v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 12 Anm. V C; Hamann, Grundgesetz, Art. 12 Anm. B 5 b, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung S. 71 ff.; Rohlfing-Kiskalt-Wolff § 1 Anm. 2; Bachof, Grundrechte S. 237; Über S. 228 ff.; Abraham in JZ 1954 S. 563.

"Bedürfnis" ¹⁾ gesprochen, sondern auch von einem "Verkehrsbedürfnis" ²⁾, von "öffentlichem Bedürfnis" ³⁾ oder von "gesamtwirtschaftlichem Bedürfnis" ⁴⁾. Dazu kommen noch diejenigen Zulassungsbedingungen, die in den einzelnen Gesetzen nicht ausdrücklich mit Bedürfnis umschrieben sind, aber wegen ihrer Zielsetzung und Auswirkung einem solchen gleichgestellt werden müssen und deshalb den Charakter der Anordnung einer mittelbaren Bedürfnisprüfung tragen ⁵⁾. Weiterhin muß beachtet werden, daß mit der Anordnung einer Bedürfnisprüfung die verschiedensten Zwecke verfolgt werden können ⁶⁾. So dient diese Prüfung einmal individualwirtschaftlichen Zwecken mit starker Betonung des Konkurrenzinteresses durch beschränkte Zulassung ⁷⁾, oder sie wird zur Wahrung volkswirtschaftlicher Interessen ⁸⁾ oder als Mittel der Gefahrenabwehr im Rahmen von gewerbe-

1) § 34 I GewO a.F. (Pfandleiher); § 1 II GaststG; Art. 1 § 1 II RBerMG u.a.m.

2) § 11 I OVO zum PersBefG.

3) § 5 II Ziff. 1 KrankenpflegeVO vom 28.9.1938 (RGBl. I S. 1310).

4) § 8 I Ziff. 3 VAG; § 4 I b KreditwG a.F.

5) Über S. 232, 233; Naumann in JZ 1951, 428. S. auch unten zu 3, S.

6) S. dazu z.B. Naumann in JZ 1952, 87.

7) § 9 II PersBefG a.F. = § 13 II Ziff. 2 n.F.; § 7 II GüterkraftverkG a.F.

8) OVG Hamburg in DÖV 1951, 76; OVG Koblenz in DVBl. 1952, 187.

und sicherheitspolizeilichen Maßnahmen verwendet¹⁾. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit muß jeweils auch die besondere Zwecksetzung berücksichtigen.

3. Insbesondere: Die Fälle mittelbarer Bedürfnisprüfung.

a) In verschiedenen Berufsordnungsgesetzen ist die Zulassung zum Beruf davon abhängig gemacht, daß nicht schon eine bestimmte Anzahl von Berufstätigen vorhanden ist²⁾. Eine solche gesetzliche Bestimmung, die eine ausdrückliche zahlenmäßige Beschränkung der Zulassung für einen bestimmten Beruf vorsieht, wird allgemein als "numerus clausus" bezeichnet. Sie ist den objektiven Zulassungsbedingungen zuzurechnen, da die festgesetzte Zahl der Beeinflussung der Bewerber entzogen ist³⁾. Ein "numerus clausus" in diesem Sinne ist nur dann gegeben, wenn eine bestimmte Zulassungsquote festgelegt ist. In der Sache kommt sie aber einer Bedürfnisprüfung nahe, die ebenfalls eine Beschränkung der Zahl

1) Dipper in NJW 1952, 601; Landmann-Rohmer, Einleitung Abschn. 4 II 4 c (S. 37); § 3 OpiumG vom 22.5.1933 (RGBl. I 287); § 2 WaffenG. S. auch § 3 II 2, oben S. 20 f.

2) § 9 GüKG a.F.; § 368 a RVO i.d.F. vom 17.8.1955 (BGBl. I, 513) i.V.m. den Zulassungsordnungen vom 28.5.1955 (BGBl. I, 572, 582).

3) Über S. 224 f.; Reuss in NJW 1951, 771.

der Bewerber zur Folge hat. Da der numerus clausus den gleichen Zweck wie die Bedürfnisprüfung verfolgt und nur insofern darüber hinausgeht, als eine feststehende Höchstzulassungszahl bestimmt wird, handelt es sich im Ergebnis um eine formalisierte Bedürfnisprüfung. Denn während bei der eigentlichen Bedürfnisprüfung noch gewisse individuelle Momente berücksichtigt werden können, ist beim numerus clausus durch die errechnete Höchstzulassungszahl jeder individuelle Maßstab ausgeschlossen. Die Festsetzung einer Höchstzahl bringt nämlich einen absoluten Ausschluß aller mit sich, die sich nach dem Erreichen der Zahl bewerben. Allein diese bestimmt die Höhe der Zulassung und läßt eine Prüfung sonstiger Umstände nicht zu. Gerade deshalb müssen bei der Prüfung der Zulässigkeit von Vorschriften, die eine Höchstzulassungszahl festsetzen, besonders strenge Maßstäbe angelegt werden ¹⁾.

- b) In diesen Zusammenhang gehört weiterhin das in § 14 V Ziff. 6 des Milchgesetzes vom 31. 7. 1930 ²⁾ aufgestellte sog. Mindestmengenerfordernis. Hier ist bestimmt, daß die Erlaubnis zum Betrieb eines Unternehmens zur Abgabe von Milch u.a. nur dann erteilt werden darf, wenn

1) Bachof in DVBl. 1958, 471; Krüger in DVBl. 1950, 628; Naumann in JZ 1951, 428

2) RGBl. I S. 421 in der Fassung der VO vom 23.3.1933 und des Gesetzes vom 20.7.1933 (RGBl. I 143, 537).

"anzunehmen ist, daß der Unternehmer eine von der zuständigen Behörde festzusetzende Mindestmenge in den Verkehr bringt". Auch hier liegt, weil weitgehend Faktoren maßgebend sind, die sich vom Antragsteller nicht beeinflussen lassen, eine objektive Zulassungsvoraussetzung vor ¹⁾. Hierbei handelt es sich, wenn auch eine enge Verwandtschaft besteht, nicht um einen numerus clausus in dem vorstehend umschriebenen Sinn ²⁾. Denn die Erfüllung dieser Voraussetzungen ist zusätzlich von Tatsachen und Entwicklungen abhängig, die mit der festgelegten Menge als solcher nichts zu tun haben. So ist etwa an die Errichtung einer Großbaustelle oder die Bezugsfertigkeit neuer Wohnblocks zu denken, welche den zu erwartenden Umsatz eines Händlers derart ansteigen lassen, daß er die gestellten Anforderungen nunmehr erfüllt. Gleichwohl liegt auch in diesem Falle, da es auf die Frage ankommt, ob ein weiteres Unternehmen Daseinsberechtigung haben soll, eine mittelbare Bedürfnisprüfung vor.

1) So BVerfGE 9, 39 (49 - 51).

2) Ein numerus clausus ist jedoch angenommen in BVerwGE 2, 345 (346).

§ 11. Die Bedürfnisprüfung im Gewerbeberecht.

I. Das Gaststättengesetz.

1. Gemäß § 1 II des Gaststättengesetzes vom 28.4.1930 ¹⁾ in Verbindung mit §§ 1 - 8 der dazu ergangenen Ausführungsverordnung ²⁾ darf eine Erlaubnis zum Betrieb der in § 1 I GaststG genannten Gewerbearten nur erteilt werden, wenn ein Bedürfnis nachgewiesen ist. Der Gesetzgeber hat das Erfordernis eines allgemeinen Bedürfnisnachweises bei der Zulassung zum Gaststättengewerbe eingefügt, um einem Alkoholmißbrauch vorzubeugen und um Sitte, Gesundheit sowie Wohlergehen der Bevölkerung unter besonderer Berücksichtigung der Jugendlichen zu schützen ³⁾. Mit dieser Maßnahme sollte die Zahl der bereits zugelassenen und neu zuzulassenden Gastwirte in ganz bestimmter Relation zur Bevölkerung gehalten werden.

2. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Bedürfnisprüfung war nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes lange Zeit umstritten ⁴⁾. Das Bundesver-

1) RGBL. I S. 146. Geändert durch die Gesetze vom 3.7.1934, 9.10.1934 und 27.9.1938 sowie durch die Verordnungen vom 9.10. und 24.11.1941 (RGBL. I 1934, S. 567, 913; 1938 S. 1245; 1941 S. 635, 769).

2) VO vom 21.6.1930 (RGBL. I 191).

3) Eyermann-Rohmer, GaststG, Einl. III.

4) Hamann, Grundgesetz, Art. 12 Anm. B 5 b; Landmann-Rohmer, Einl. Abschn. 4 II 4 (S. 35 ff.) Rohlfing-Kiskalt-Wolff § 1 Anm. 2 a; Abraham in JZ 1954, 561; Über S. 239 ff.

waltungsgericht ¹⁾ hat zwar die allgemeine Volksgesundheit als schutzwürdiges und schützenswertes Rechtsgut anerkannt, jedoch zutreffend festgestellt, daß das System einer Bedürfnisprüfung weder das geeignete noch das notwendige Mittel ist, um diesem überragenden Rechtsgut den erstrebten Schutz zu gewähren, und deswegen nicht zum Schutze vor den Gefahren des Alkoholmißbrauchs dienen kann. Sie kann ihrer Aufgabenstellung (Verhinderung des Alkoholmißbrauches bzw. der Steigerung des Alkoholkonsums) einfach deswegen nicht gerecht werden, weil keiner Gaststätte oder Schankwirtschaft und auch nicht dem Kleinhandel mit Branntwein eine Beschränkung im Ausschank oder im Verbrauch alkoholischer Getränke auferlegt werden kann. In den einmal konzessionierten Betrieben dürfen geistige Getränke sowohl jeder Art, als auch in jeder beliebigen Menge ausgeschenkt werden. Die entgegengesetzte Meinung des OVG Münster ²⁾, das zum Schutze der Volksgesundheit die Vereinbarkeit des § 1 II GaststG mit Art. 12 I GG befürwortete, ist überholt. Das Gericht hat auch selbst seine Meinung in einer späteren Entscheidung aufgegeben ³⁾.

1) BVerwGE 1, 48 (51 ff.), 89 (92), 269 (271).

2) BVB1. 1953, 188; 1954, 647.

3) OVG Münster in DVBl. 1956, 186, sowie Abraham aaO.S. 98 FN 4.

Die Bedürfnisprüfung nach § 1 II GaststG kann auch nicht darauf gestützt werden, daß bei einer durch eine offene Zulassung bedingten Verschärfung des Konkurrenzkampfes labile Elemente aus wirtschaftlichen oder finanziellen Gründen zu unlauteren Machenschaften greifen könnten. Ganz abgesehen davon, daß die allgemeinen Gesetze vor allem strafrechtlicher Art eine vorbeugende Wirkung ausüben ¹⁾, kann eine Beschränkung der Zahl der Wettbewerbsteilnehmer keine Sicherheit dafür bieten, daß unter den zugelassenen Personen nicht bereits solche sind, die im verschärften Konkurrenzkampf oder in einer wirtschaftlichen Krisenzeit mißbräuchliche Handlungen vornehmen könnten. In letzter Konsequenz läuft daher eine Bedürfnisprüfung, so wie sie im Gaststättengesetz vorgesehen ist, auf einen Schutz für bestehende Konzessionsunternehmen vor dem Zugang neuer Berufsbewerber und Teilnehmer im Wettbewerb hinaus. Auf Grund dieses im Endzweck rein wirtschaftlichen und wettbewerblichen Charakters kann die Bedürfnisprüfung der ihr unterschobenen Aufgabe in keiner Weise gerecht werden ²⁾. Auch bei Berücksichtigung der im Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes ³⁾ aufgestellten Grundsätze ist die in § 1 II GaststG angeordnete Bedürfnisprüfung daher mit § 12 I GG unvereinbar. Wie sich

1) Landmann-Rohmer, Einl. 4 II
Sieg in DVBl. 1950, 214; v.d.Heide in BB 1950, 488.

2) Rohmer-Eyermann, GaststG, Einl. II

3) BVerfGE 7, 377 (402 ff.).

zeigte, ist sie vor allem nicht das geeignete Mittel zur Abwehr der befürchteten Gefahren für die Volksgesundheit. Abgesehen davon ist auch ihre dringende Notwendigkeit zweifelhaft, da insoweit die Anordnung subjektiver Zulassungsbedingungen ausreicht ¹⁾).

II. Sonstige Fälle.

1. Milchhandel.

Gemäß § 14 I MilchG ²⁾ bedarf derjenige, der einen Milchhandel betreiben will, der behördlichen Genehmigung. Diese ist, wie § 14 V Ziff. 6 MilchG vorschreibt, u.a. nur dann zu erteilen, wenn das Mindestmengenerfordernis in dem bereits dargestellten Sinne erfüllt ist ³⁾. Dieses Erfordernis, das sich - wie ebenfalls schon ausgeführt - als objektive Zulassungsvoraussetzung (mittelbare Bedürfnisprüfung) darstellt, ist durch das Bundesverwaltungsgericht ⁴⁾ und sodann durch das Bundesverfassungsgericht ⁵⁾ als mit Art. 12 I GG unvereinbar erklärt worden. Dem ist zuzustimmen.

1) Vgl. die in §§ 2 - 4 GaststG getroffene Regelung.

2) S. oben S. 96 FN 2.

3) S. dazu oben S. 96 f.
Gemäß § 18 d. Ges. bleibt es der obersten Landesbehörde vorbehalten, diese tägliche Litergrenze festzusetzen, die meist mit 300 l beziffert wurde. Wegen genauem Zahlenmaterial vgl. BVerfGE 9, 39 (42) sowie OVG Lüneburg in OVG 11, 414.

4) BVerwGE 2, 345.

5) BVerfGE 9, 39.

Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß die Gesundheit und das Leben der Verbraucher, um deren Schutz es hier geht, überragende Gemeinschaftsgüter sind. Jedoch ist ein derart schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht notwendig und auch nicht geeignet, den erforderlichen Schutz zu gewähren. Wenn zur Stützung des § 14 V Ziff. 6 MilchG vorgebracht worden ist, daß mit dem Wegfall der unteren täglichen Litergrenze eine Reihe von "Zwergbetrieben" entstehen würde, die - abgesehen von der Erschwerung der Überwachung - nicht in der Lage wären, die notwendigen hygienischen Einrichtungen (Kühlanlage usw.) zu beschaffen und die Qualität der Milch als hochwertigen Nahrungsmittels zu garantieren ¹⁾, so überzeugt das nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 17.12. 1958 ²⁾ richtig erkannt, daß andere, weniger einschneidende, aber ebenso wirksame Möglichkeiten bestehen, die Gesundheit der Verbraucher zu schützen. Die umfassende Zulassungsregelung des § 14 V MilchG versieht die Verwaltungsbehörde mit den notwendigen Mitteln, um eine hygienische Behandlung der Milch sicherzustellen. So muß der Bewerber nach Ziff. 4 bei seinem Zulassungsantrag nachweisen, daß "die Einrichtungen

1) S. insbes. OVG Lüneburg in OVG 11, 414; OVG Berlin in JR 1954, 72; OVG Koblenz in AS 3, 259 (261).

2) BVerfGE 9, 39 (51-63); ebenso BVerwGE 2, 345 (347-348).

und Gegenstände vorhanden sind, die zum Betriebe des Unternehmens der betreffenden Art und Größe erforderlich sind". Weiterhin muß er nach Ziff. 5 i.V.m. § 7 des Gesetzes "die Sauberkeit und die Hygiene seiner Räume und seiner Geräte" darlegen. Im übrigen hat die überwachende Behörde jederzeit die Möglichkeit einer Nachprüfung und kann bei der Feststellung von Mängeln die Erlaubnis widerrufen (§ 14 V Ziff. 8 MilchG). Hinzu kommt noch, daß mit der Rentabilitätsgarantie die einwandfreie Behandlung der Milch, die Sauberkeit von Geräten und Räumen nicht gewährleistet ist ¹⁾. Die korrekte Einhaltung der zu stellenden Anforderungen ist schon dann zu erreichen, wenn nur solche Bewerber zugelassen werden, die die notwendige persönliche Zuverlässigkeit und die erforderliche Sachkunde haben ²⁾. Diese Möglichkeiten hat der Gesetzgeber bereits bedacht (§ 14 V Ziff. 1 und 2 MilchG), und der Schutz der Volksgesundheit wird auch bei einem Verbleiben auf der Stufe der - eingehend geregelten - subjektiven Voraussetzungen erreicht. Die in § 14 V Ziff. 6 MilchG getroffene Regelung ist daher verfassungswidrig ³⁾.

-
- 1) S. BVerfGE 9, 39 (52), wo festgestellt wird, daß in Hessen und Bremen seit Jahren bei der Zulassung eines Milchhändlers kein Mindestmengenerfordernis mehr nachgeprüft wird, ohne daß die Gesundheitsbehörden deswegen irgendwelche Schäden bemerkt hätten.
 - 2) BVerfGE 9, 39 (62).
 - 3) Die früher von einigen Oberverwaltungsgerichten vertretene Gegenmeinung (s. oben S. 102 FN 1) ist als überholt anzusehen.

2. Der Handel mit unedlen Metallen.

Der Handel mit unedlen Metallen ist nach § 1 I des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen vom 23.7.1926 ¹⁾ erlaubnispflichtig. Soweit die Zulassung für den Kleinhandel begehrt wird, kann sie dann versagt werden, wenn ein Bedürfnis nicht nachgewiesen ist (§ 2 II S. 1). Zweck dieser Regelung ist die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung strafbarer Handlungen. Hierbei handelt es sich allerdings um ein überragendes und schutzwürdiges Gemeinschaftsgut, das unter Umständen einen objektiven Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen kann. Im vorliegenden Falle ist jedoch die angeordnete Bedürfnisprüfung nicht das geeignete Mittel und auch nicht unbedingt notwendig, um diesen Schutz zu gewähren und der Tendenz des Gesetzes entsprechend Metallediebstähle und Metallhehlereien durch Beschränkung der Zahl eventueller Ankaufsstellen zu bekämpfen ²⁾. Das Bundesverwaltungsgericht ³⁾ hat zutreffend ausgeführt, daß nicht die Zahl der Ankaufsstellen, sondern die Bereitwilligkeit der zugelassenen Händler zum Diebesguterwerb entscheidend ist.

1) RGB1. I S. 415 mit den Änderungen durch die Gesetze vom 31.3., 21.12.1928 und vom 28.6.1929 (RGB1. I 1928 S. 149, 412; 1929 S. 12).

2) Landmann-Rohmer, Anh. 40 § 2 Anm. 3.

3) BVerwG in DÖV 1958, 229.

Eine Bedürfnisprüfung kann somit nicht das Mittel sein, generell labile Elemente auszuschalten, die aus Gewinnstreben vor Gesetzesverletzungen nicht zurückscheuen, sondern sie würde auch Bewerber, die persönlich und sachlich geeignet sind, den Zugang zum Beruf versperren. Außerdem zeigen sich auch hier Möglichkeiten, ohne eine so weitgehende Beschränkung der in § 12 I GG enthaltenen Garantie auszukommen. So kann die Aufsichtsbehörde zunächst bei einer Zulassung gemäß § 2 IV S. 1 des Gesetzes die erforderliche Sachkunde und Zuverlässigkeit überprüfen ¹⁾ und bereits in dieser Weise unsichere Bewerber fernhalten. Ferner hat sie noch die Möglichkeit, gemäß § 2 II des Gesetzes die Erlaubnis sachlich durch Auflagen zu beschränken ²⁾. Im übrigen kann eine fortwährende Überwachung, auch wenn sie mit Schwierigkeiten verbunden sein mag, durchgeführt werden. Beim Bekanntwerden gesetzwidriger Mißstände kann die Erlaubnis zurückgenommen (§ 4 I des Gesetzes) und bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen kann der Betrieb sogar vorläufig geschlossen werden (§ 4 II i.V.m. § 8 des Gesetzes). Schon die im Gesetz bereitgestellten Mittel lassen also das gesetzte Ziel erreichen. Eine zusätzliche objektive Zulassungsbedingung ist mit Art. 12 I GG unvereinbar.

1) BVerwG in GewArch 1957, 135; OVG Münster in GewArch 1960 S. 288.

2) BVerwG in NJW 1954, 1298; Landmann-Rohmer aaO. (S. 104 FN 2) Anm. 1.

3. Das Versteigerergewerbe.

Gemäß § 1 des Gesetzes über das Versteigerergewerbe vom 16.10.1934 ¹⁾ bedarf derjenige, der gewerbsmäßig fremde Sachen versteigern will, der Erlaubnis. Diese ist ihm u.a. dann zu versagen, wenn gemäß § 1 II Ziff. 1 des Gesetzes ²⁾ kein Bedürfnis nachgewiesen wird. Die gesamte Zulassungsregelung zielt darauf ab, daß die Vermögensinteressen derjenigen, welche einem Versteigerer ihr Eigentum anvertrauen wollen, geschützt werden. Abgesehen von der Frage, ob es sich hierbei um ein überragendes Gemeinschaftsgut handelt, ist eine Bedürfnisprüfung nicht geeignet, diesem Zweck zu dienen. Nicht die Zahl der Versteigerer als solche stellt eine Gefährdung dar, sondern das Fehlen von Zuverlässigkeit und sachlicher Erfahrung. Diese subjektiven Voraussetzungen müssen aber ohnedies vorliegen ³⁾, und darüber hinaus ist die Erlaubnis zu entziehen, wenn der Versteigerer die erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt ⁴⁾. Daher fehlt es auch an der Notwendigkeit einer Regelung auf der Stufe der objektiven Zulassungsbedingungen. Somit ist auch die Vereinbarkeit mit Art. 12 I GG zu verneinen.

1) RGBl. I S. 202.

2) S. auch § 10 der VO zur Durchführung des Gesetzes über das Versteigerergewerbe - Versteigerervorschriften (VV) - vom 30.10.1934 (RGBl. I S. 1091, 1111).

3) §§ 1 II VersteigererG; s. auch § 11 VV.

4) § 5 I VersteigererG i.V.m. §§ 17 f. VV. Die Verfassungsmäßigkeit der in § 5 getroffenen Regelungen ist zutreffend bejaht durch OVG Münster in VerwRspr. 4, 650. S. auch noch oben S. 74 f.

4. Der Verkehr mit Betäubungsmitteln.

Nach § 3 I des Opiumgesetzes vom 10.12.1929 ¹⁾ sind die Ein- und Ausfuhr sowie die Zubereitung der in § 1 des Gesetzes genannten Stoffe erlaubnispflichtig. Diese Erlaubnis kann u.a. dann versagt werden, wenn kein Bedürfnis besteht (§ 3 III S. 1 d. Ges.). Auch hier steht als überragendes und schützenswertes Gemeinschaftsgut die Volksgesundheit fest, die nach dem bekannten Prüfungsmaßstab eine objektive Beschränkung rechtfertigen kann. Daß ein solcher Schutz auch notwendig ist, steht außer Zweifel; jedoch muß die Geeignetheit des hierzu verwendeten Mittels verneint werden. Es geht nicht an, nur im Hinblick auf gesundheitspolizeiliche Erwägungen und zu erwartende Gefahren, die bei einer unbeschränkten Zulassung auftreten würden, eine derart einschneidende Beschränkung eines Grundrechtes vorzunehmen ²⁾. Denn nicht die Zahl der Gewerbetreibenden, sondern deren Bereitschaft, die bestehenden Gesetze zu mißachten, ist der Gefahrenpunkt, der nicht mit einer objektiven Beschränkung bekämpft werden kann.

Auch hier können unredliche Händler durch straffe Prüfung der subjektiven Voraussetzungen (§ 3 III S. 1 d. Ges.) und eine fortdauernde Überwachung

1) RGBL. I S. 215 i.d.F. vom 12.6.1941 (RGBL. I S. 328).

2) OVG Hamburg in DÖV 1951, 164; OVG Münster in DÖV 1953, 316; OVG Koblenz in AS 2, 404.

(§ 22 I, II d. Ges.) ferngehalten werden. Die Aufsichtsbehörde kann daher, wenn Gründe vorhanden sind - z.B. Nichteinhaltung bestimmter Vorschriften, so etwa zur Führung eines Lagerbuches (§ 5 d.Ges.) - die Erlaubnis sofort widerrufen (§ 3 II S. 2 d.Ges.). Das Streben nach leichterem Überwachung durch Aufstellung eines objektiven Zulassungserfordernisses aber steht mit der Grundrechtsgarantie des Art. 12 I GG nicht im Einklang und ist deshalb unwirksam ¹⁾).

III. Die Kehrbezirkseinteilung im Schornsteinfegerwesen.

Nach § 39 I GewO sind im Gebiete des Deutschen Reiches für Schornsteinfeger Kehrbezirke einzurichten ²⁾. Dies bedeutet, daß ein Schornsteinfegermeister, der sich um einen Kehrbezirk bewirbt, warten muß, bis ein solcher frei wird. Er muß sich dazu unter Nachweis der in § 11 Ziff. 1 - 7 d.VO über das Schornsteinfegerwesen ³⁾ aufgestellten Voraussetzungen zunächst in die Bewerberliste entsprechend § 10 I dieser VO eintragen. Eine Bestellung kann aber nur dann erfolgen, wenn entweder ein bisher besetzter Kehrbezirk frei oder ein solcher neu errichtet wird (§§ 21 f. d.VO).

1) BVerwG in DÖV 1958, 229; 1959, 834.

2) Gemäß § 39 GewO i.V.m. § 1 I der VO über das Schornsteinfegerwesen vom 28.7.1937 (RGBl. I S. 831, 1134) obliegt diese Aufgabe der höheren Verwaltungsbehörde.

3) S. oben S. 77 (FN 1) und S. 82 ff.

Die Zahl der bestehenden oder zu schaffenden Kehrbezirke bestimmt demnach die Zahl der zuzulassenden Schornsteinfeger; es liegt mithin ein *numerus clausus* vor ¹⁾.

Diese objektive Beschränkung kann nur Bestand haben, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher Gefahren und zum Schutze eines überragenden Gemeinschaftsgutes geeignet und zwingend geboten ist. Die allgemeine Feuer-sicherheit und damit verbunden das öffentliche Interesse an Sicherheit von Leben und Eigentum werden durch eine solche Regelung gefördert ²⁾, die auch geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen. Zweifel können jedoch an der Notwendigkeit einer solchen Beschränkung bestehen, denn es ist nicht abzuleugnen, daß bei der Kehrbezirkseinteilung auch wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind. Die §§ 2 II Ziff. 1 und 2, 7 und 8 der SchornsteinfegerVO lassen erkennen, daß diese Einteilung so vorgenommen wurde, daß dem einzelnen Schornsteinfegermeister ein angemessenes Mindesteinkommen garantiert wird. Außerdem soll aber die ordnungsgemäße Überwachung erleichtert werden ³⁾, was auch darin zum Ausdruck kommt, daß die straffe Ausgestaltung und enge staatliche Bindung der verschiedenen Aufgaben dem Schornsteinfegermeister eine besondere Stellung verleiht, wobei ihm auch eine

1) S. dazu oben S. 95 f.

2) S. auch oben S. 83, 89.

3) Über S. 180 ff.

"polizeiliche Feuerstättenschau" übertragen ist ¹⁾. Eine Ablösung der Kehrbezirkseinteilung etwa durch Einführung einer Mindestkehrpflicht und einer regelmäßigen Feuerstättenschau ²⁾ bietet nicht die Gewähr, daß die Feuersicherheit im Interesse der Allgemeinheit so aufrechterhalten und überwacht wird, wie dies notwendig erscheint. Durch die Kehrbezirkseinteilung wird die Verwaltungsbehörde in die Lage versetzt, ohne weiteres einen ganz bestimmten Schornsteinfegermeister für seine Arbeit verantwortlich zu machen und die Feuersicherheit ohne Schwierigkeiten zu überprüfen. Solange sich keine Möglichkeit zeigt, das Ziel der Sicherung einer hinreichenden Feuersicherheit auf weniger einschneidende Weise zu erreichen, wird die Einrichtung von Kehrbezirken als mit Art. 12 I GG vereinbar angesehen werden müssen.

1) Bachof, Grundrechte S. 184, 185 FN 126. Abzulehnen ist die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwGE 6, 72 (74)), wonach wegen der staatlichen Gebundenheit für den Schornsteinfegerberuf kein Schutz nach Art. 12 I GG bestehen soll.

2) So. Über S. 184 f.

§ 12. Die Bedürfnisprüfung im Beförderungswesen.

I. Personenbeförderung zu Lande.

1. Gemäß § 2 I des Personenbeförderungsgesetzes (PersBefG) vom 21.3.1961 ¹⁾ muß eine Genehmigung besitzen, wer im Sinne des § 1 I mit Straßenbahnen, Obussen sowie mit Kraftfahrzeugen im Linien- und im Gelegenheitsverkehr Personen befördert. Die Voraussetzungen der Genehmigung sind in § 13 PersBefG eingehend geregelt. Neben verschiedenen subjektiven Zulassungsbedingungen ²⁾ ist hier angeordnet, daß die Genehmigung namentlich nur dann erteilt werden darf, wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt würden, wobei zwischen dem Straßenbahn-, Obusverkehr und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen einerseits und dem Verkehr mit Kraftdroschken andererseits unterschieden ist ³⁾. Diese Regelung ist getroffen worden, nachdem das Bundesverfassungsgericht die früher geltenden Zulassungsvorschriften mit Beschluß vom 8.6.1960 ⁴⁾

1) BGBI. I S. 241.

2) Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebs, Zuverlässigkeit des Antragstellers (§ 13 I Ziff. 1 u. 2 PersBefG).

3) § 13 II Ziff. 2 bzw. III PersBefG. Nach Abs. II Ziff. 1 ist die Genehmigung außerdem dann zu versagen, wenn der Verkehr auf Straßen durchgeführt werden soll, die sich aus Gründen der Verkehrssicherheit oder wegen des Bauzustandes hierfür nicht eignen.

4) BVerfGE 11, 168; dort S. 169 ff. auch eine Darstellung der Rechtsentwicklung. S. auch BGBI. 1960 I S. 595.

als zum Teil für mit § 12 I GG unvereinbar erklärt hatte. Zum besseren Verständnis des gegenwärtigen Gesetzeszustandes erscheint es nützlich, zunächst auf die frühere Regelung einzugehen.

2. Nach § 2 des Reichsgesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4.12.1934 ¹⁾ bedurfte jeder Unternehmer von Linien- oder Gelegenheitsverkehr einer Genehmigung. Die Voraussetzungen, unter denen diese erteilt werden durfte, waren - über die Erfordernisse der Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes sowie der Zuverlässigkeit des Antragstellers hinaus - in § 9 wie folgt geregelt:

"(1) Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn ... das Unternehmen den Interessen des öffentlichen Verkehrs nicht zuwiderläuft.

(2) Die Genehmigung ist zu versagen, wenn kein Bedürfnis vorliegt."

Die Prüfung des öffentlichen Verkehrsinteresses (Abs. 1) hat das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Entscheidungen für grundsätzlich verfassungsmäßig erklärt mit der Begründung, daß in einem modernen Staatswesen die Sicherstellung geordneter Verhältnisse zu dem für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgütern gehöre ²⁾.

1) RGBI. I S. 1217.

2) BVerwGE 1, 92 (95, 97), 165 (169); s. dazu auch Abraham in JZ 1954, 561 Abschn. V u. VI.

Es hat jedoch insoweit eine Einschränkung vorgenommen, als es die Verfassungsmäßigkeit nur für den Linien- und den Droschkenverkehr bejaht ¹⁾, für den Gelegenheitsverkehr mit Miet- und Ausflugswagen aber verneint hat ²⁾. Dagegen hat es die Prüfung eines Bedürfnisses (§ 9 II PersBefG 1934) als generell verfassungswidrig und damit unzulässig erachtet.

Aufgrund dieser Rechtsprechung wurde dann § 9 II neu gefaßt und erhielt durch Gesetz vom 12.9. 1955 ³⁾ folgenden Wortlaut:

"Die Genehmigung darf bei allen in § 2 genannten Verkehrsarten nicht erteilt werden, wenn der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann."

Auch diese Neufassung war verfassungsrechtlich umstritten. Hierbei wurde teilweise § 9 II PersBefG 1934 nur als eine gesetzliche Auslegung und Ausgestaltung des § 9 I angesehen ⁴⁾. Diese Auffassung ließ sich schon deswegen nicht halten, weil § 9 I davon ausging, ob im Einzelfall die Zulassung den Interessen des öffentlichen Verkehrs

1) BVerwGE 1, 92 (95 f.) sowie 244 (245 f.).

2) BVerwGE 1, 92 (97); 165 (169).

3) BGBI. I, 573. Zur Entstehungsgeschichte vgl. auch insoweit BVerfGE 11, 168 (171-173); außerdem Greif, Personenbeförderungsgesetz, vor § 1 Rdnr. 5; Heinze in NJW 1961, 999; Fromm in DVBl. 1961, 428 sowie noch Deutsches Bundesrecht VI C 50 S. 31-32.

4) OVG Rheinland-Pfalz in AS 5, 14 und 115; OVG Berlin in DÖV 1956, 89.

zuwiderlaufen würde, während nach § 9 II die Zulassung auch dann versagt werden konnte, wenn die Voraussetzungen des § 9 I nicht vorlagen ¹⁾. Die Zulassungsregelung des neugefaßten § 9 II wurde von verschiedenen Oberverwaltungsgerichten ²⁾ unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes unterschiedslos für alle Verkehrsarten für grundgesetzkonform erklärt ³⁾. Dagegen haben sie andere Gerichte wenigstens für die Zulassung zum Droschkengewerbe als verfassungswidrig erachtet, weil das verfolgte Ziel der Sicherheit des Droschkenverkehrs sich mit weniger eingreifenden Mitteln der Ausübungsregelung erreichen lasse ⁴⁾.

In ähnlicher Weise differenzierend ist sodann auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 8.6.1960 ⁵⁾ vorgegangen. Es hat ausgeführt: Die Vereinbarkeit von § 9 I und II PersBefG mit Art. 12 I GG müsse für die einzelnen Personenbeförderungsberufe gesondert geprüft werden. Es gehe nicht an, unter Berufung auf die "Einheit des Verkehrs" anzunehmen, daß objektive Zulassungsvoraussetzungen nur einheitlich für

1) BVerfGE 11, 168 (181-183).

2) VGH Kassel in DVBl. 1959, 183, OVG Berlin und OVG Rheinland-Pfalz wie in FN 4 auf S. 113 angegeben.

3) S. auch Wolf in DVBl. 1956, 475, der die Verfassungsmäßigkeit des § 9 II PersBefG n.F. für die Fälle bejaht, daß er sich lediglich auf den Linien- und Droschkenverkehr beziehe.

4) VGH Stuttgart in VerwRspr. 8, 738 (742); VGH Bremen in DVBl. 1959, 180.

5) S. oben S. 111 FN 4.

alle Verkehrsunternehmen zulässig oder unzulässig sein könnten ¹⁾. Im folgenden hat das Gericht festgestellt, daß der - eine Prüfung des Verkehrsbedürfnisses anordnende - § 9 I PersBefG, soweit er sich auf den Gelegenheitsverkehr mit Droschken und Mietwagen beziehe, gegen Art. 12 I GG verstoße. Für Mietwagen sei auch die in § 9 I PersBefG aufgestellte objektive Zulassungsvoraussetzung (Vereinbarkeit mit den Interessen des öffentlichen Verkehrs) unzulässig; für den Gelegenheitsverkehr mit Droschken aber sei sie bei verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar ²⁾.

Obwohl die Verfassungsmäßigkeit des § 9 PersBefG nur für Droschken und Mietwagen zu prüfen war, hat das Bundesverfassungsgericht auch den Linienverkehr in den Kreis seiner Erörterungen einbezogen. Es hat dabei unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß es die Vorschrift insoweit für verfassungsmäßig halte, und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt der Berücksichtigung der Interessen des öffentlichen Verkehrs (Abs. 1) als auch unter dem der Prüfung eines Verkehrsbedürfnisses (Abs. 2). Hierzu hat das Gericht bemerkt, daß die besondere - und von ihm näher dargestellte - Sachlage beim Linienverkehr strengere Maßstäbe für die Zulassung neuer Unternehmen

1) So BVerfGE 11, 168 (183 f.); s. auch den ersten Leitsatz des Beschlusses.

2) BVerfGE 11, 168 (185 ff., 190 ff.); s. auch Fromm in DVBl. 1960, 792; Menger in VerwArch 1961, 92.

und damit stärkerer Eingriffe auch in das Recht der Berufswahl durch die ordnende Hand des Staates zulasse ¹⁾.

Die seit 1954 im Gang befindlichen Arbeiten an einem neuen Personenbeförderungsgesetz waren wegen des Bestehens der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes während der 2. Legislaturperiode des Bundestages zunächst zurückgestellt worden ²⁾. Unter Berücksichtigung der durch das Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze wurde der Entwurf dann nochmals überarbeitet und am 8.2.1961 angenommen ³⁾. Die in § 13 dieses Gesetzes enthaltene Regelung der objektiven Genehmigungsvoraussetzungen, welche an die Stelle des § 9 PersBefG (a.F.) getreten ist, lautet nunmehr wie folgt:

"(2) Beim Straßenbahn-, Obusverkehr und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen ist die Genehmigung zu versagen, wenn

1. ...

2. durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden, insbesondere

a) der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann,

1) BVerfGE aaO. S. 184 f. Ausgenommen wurde nur der Verkehr mit Ausflugswagen; s. aaO. S. 192.

2) Vgl. dazu z.B. Greif, Personenbeförderungsgesetz, Vorbem. zu § 1 Rdnr. 6.

3) S. dazu S. 113 FN 3 sowie noch Wesemann in BB 1961, 553.

- b) der beantragte Verkehr ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben übernehmen soll, die vorhandene Unternehmer oder Eisenbahnen bereits wahrnehmen,
- c) die für die Bedienung dieses Verkehrs vorhandenen Unternehmer oder Eisenbahnen die notwendige Ausgestaltung des Verkehrs innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde festzusetzenden angemessenen Frist selbst durchzuführen bereit sind. Im Schienenparallelverkehr und im Schienenersatzverkehr, der nicht Orts- oder Nachbarortslinienverkehr ist, ist das Schienenunternehmen bevorrechtigt, die notwendige Ausgestaltung des Verkehrs durchzuführen. ...

(3) Beim Verkehr mit Kraftdroschken ist die Genehmigung zu versagen, wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen dadurch beeinträchtigt werden, daß das örtliche Droschkengewerbe durch die Ausübung des beantragten Verkehrs in seiner Existenz bedroht wird."

3. Wie der wiedergegebene Wortlaut zeigt, hat man dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes vom 8.6.1960 in der Weise Rechnung getragen, daß die für den Verkehr mit Kraftdroschken aufgestellten Voraussetzungen weniger weit gehen als für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie für den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen, und daß für Mietwagen überhaupt keine Zulassungsregelung mehr besteht. Zur Verfassungsmäßigkeit der nunmehr geltenden Regelung ist zu sagen:

- a) Die in § 13 II Ziff. 2 PersBefG enthaltenen Vorschriften für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie für den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen sind dadurch gekennzeichnet, daß bei der anzu-

stellenden Prüfung nicht mehr wie bisher zwischen den Interessen des öffentlichen Verkehrs und dem Bestehen eines Verkehrsbedürfnisses unterschieden ist. Vielmehr wird das Fehlen eines solchen Bedürfnisses in § 13 II Ziff. 2 a PersBefG als einer von mehreren Fällen behandelt, in welchen durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden. Dies macht deutlich, daß die geforderte Berücksichtigung dieser Interessen insgesamt eine Bedürfnisprüfung darstellt, die lediglich unter verschiedenen Gesichtspunkten erfolgt ¹⁾.

Die Verfassungsmäßigkeit der in § 13 II Ziff. 2 PersBefG enthaltenen Regelung hängt zunächst davon ab, ob sie zum Schutz überragender, besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter und zur Abwehr nachweisbarer und höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren dient. In dieser Hinsicht hat das Bundesverfassungsgericht ²⁾ ausgeführt:

"Es liegt auf der Hand, daß ... beim Linienverkehr Interessen der Allgemeinheit in stärkstem Maße berührt werden: einerseits sind große Gruppen der Bevölkerung auf das Bestehen wie auf das verlässliche und dauerhafte Funktionieren dieses Verkehrs angewiesen; andererseits ergänzt der Linienverkehr im Rahmen des Verkehrsganzen den Schienenverkehr in einer notwendigen, d.h. in dieser spezifischen Funktion durch andere Verkehrsträger nicht ersetzbaren Weise, tritt aber eben dadurch - besonders intensiv beim sogenannten Schienenparallelverkehr -

1) Die frühere aus dem Wortlaut des § 9 PersBefG folgende Unterscheidung - s. BVerfGE 11, 168 (180 ff.); auch oben S.113 f. - ist damit als überholt anzusehen.

2) aaO. S. 184.

auch in Konkurrenz zu diesem Verkehr, namentlich seinem Hauptträger, der Deutschen Bundesbahn. Er kann so die wirtschaftliche Lage und die Leistungsfähigkeit dieses Instituts unmittelbar beeinflussen, dessen überragende Bedeutung im Rahmen des Verkehrswesens keinem Zweifel unterliegt und dessen Bestand und höchstmögliche Wirtschaftlichkeit auch aus allgemeinen staatspolitischen wie aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen gesichert werden müssen."

Diesen eindringlichen Bemerkungen braucht m.E. nichts hinzugefügt werden. Die nunmehrige Regelung ist auch geeignet, die derart umschriebenen überragenden Gemeinschaftsgüter zu sichern, und ebenso muß die Notwendigkeit eines so weitgehenden Eingriffes in die Freiheit der Berufswahl bejaht werden. Eine weniger einschneidende Regelung würde den vorhandenen Gefahren nicht hinreichend begegnen. Da außerdem die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck nicht bezweifelt werden kann, ist die bezeichnete Regelung als mit Art. 12 I GG vereinbar zu erachten ¹⁾.

) Auch die in § 13 III PersBefG geforderte Prüfung eines "öffentlichen Verkehrsinteresses" bei der Zulassung zum Kraftdroschkengewerbe ist, verfassungskonforme Auslegung vorausgesetzt, als mit Art. 12 I GG vereinbar anzusehen. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Recht anerkannt, daß auch an der Existenz und Funktionsfähigkeit des Droschkenverkehrs ein wichtiges Interesse der Allgemein-

1) Ebenso Greif § 13 Rdnr. 4.

heit besteht, da die Droschken zu den öffentlichen Verkehrsmitteln gehören. Deshalb müssen sie ebenfalls intensiver behördlicher Überwachung und Regelung unterliegen ¹⁾. Bei der Zulassung eines neuen Droschkenunternehmens dürfen aber nur Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses, nicht aber solche wirtschaftlicher und verkehrspolitischer Planung und Gestaltung berücksichtigt werden ²⁾. Eine ernste Gefahr wird immer nur dann festzustellen sein, wenn durch das Eindringen neuer Unternehmer dem Droschken-gewerbe Übersetzung und ruinöser Wettbewerb drohen würden. Es muß also eine nachweisbare Gefährdung vorliegen, was im Einzelfall - unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten und der Zahl der schon zugelassenen Unternehmer, notfalls durch Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens, - festzustellen ist.

II. Die Bedürfnisprüfung im Güterkraftverkehr.

1. Gemäß § 8 I des Güterkraftverkehrsgesetzes (GüKG) vom 17.10.1952 ³⁾ ist Güterfernverkehr im Sinne des § 3 genehmigungspflichtig. Neben einer Reihe anderer Zulassungsvoraussetzungen, auf die zum Teil noch einzugehen ist, kann die Genehmigung gemäß § 10 III Ziff. 3 des Gesetzes

1) BVerfGE 11, 168 (190).

2) BVerwGE 9, 284 (288); BVerfGE 11, 168 (191).

3) BGBI. I S. 697 i.d.F. der Änderungsgesetze vom 3.6.1957 (BGBI. I S. 593), 26.6.1959 (BGBI. I S. 399), 27.12.1960 (BGBI. I S. 1084) und vom 1.8.1961 (BGBI. I S. 1157).

versagt werden,

"wenn sie mit dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Güterfernverkehrs unvereinbar ist."

Ebenso wie im Personenbeförderungsgewerbe kann hier die Sicherheit und Ordnung des Verkehrswesens als ein schutzbedürftiges, überragendes Gemeinschaftsgut anerkannt werden, das ohne eine solche Regelung schwerstens gefährdet wäre. Die Feststellungen, welche das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Personenbeförderungsgesetz hierzu getroffen hat, müssen in diesem Fall entsprechend gelten ¹⁾. Auch für die weitere Frage, ob diese objektive Zulassungsvoraussetzung geeignet und notwendig ist, um die drohenden schweren Gefahren abzuwenden, ist das oben im Hinblick auf den Personen-Linienverkehr Gesagte maßgebend. Damit ist die Verfassungsmäßigkeit auch insoweit zu bejahen ²⁾.

Bei der Zulassung zum Güterfernverkehr darf neben der Einhaltung der Voraussetzungen des § 10 GüKG die in § 9 I in Verbindung mit den hierzu ergange-

1) S. oben S.118; außerdem z.B. noch Hamann, Grundgesetz, Art. 12 Anm. B 5 b.

2) So auch BVerwGE 3, 321 und BVerwG in DÖV 1959, 908. Diese Entscheidungen sind zwar vor allem im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der Höchstzulassungszahl nach § 9 I GüKG ergangen (s. hierzu den weiteren Text); die sich dort findenden Ausführungen zum Schutz der Bundesbahn und zur Überlastung der Straßen gelten aber hier in gleicher Weise.

nen Durchführungsvorschriften ¹⁾ festgelegte Höchstzahl von Genehmigungen nicht überschritten werden ²⁾. Die Festlegung einer Höchstzulassungszahl (numerus clausus) ist eine objektive Beschränkung der Freiheit der Berufswahl, die nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig sein kann. Wie schon ausgeführt, ist bei der schematischen Festlegung einer Höchstzulassungszahl im Genehmigungsverfahren ein besonders strenger Maßstab anzulegen, weil der numerus clausus eine formalisierte, erschwerte Bedürfnisprüfung ist ³⁾.

§ 9 I GüKG soll, genau wie § 10 III, die Sicherstellung geordneter Verkehrsverhältnisse gewährleisten, ein Gemeinschaftsgut also, das eine objektive Zulassungsbeschränkung an sich rechtfertigen kann. Es fragt sich aber, ob das Höchstzulassungserfordernis zur Abwehr von Gefahren geeignet und ob dieser Eingriff auf der festgelegten Stufe zwingend erforderlich ist.

1) Vgl. die 3. DVO über die Höchstzahl der Kraftfahrzeuge im Güterfernverkehr vom 28.8.1957 (BGBl. I S. 697).

2) § 9 I GüKG lautet: "Mit Zustimmung des Bundesrates setzt der Bundesminister für Verkehr unter Berücksichtigung des öffentlichen Verkehrsbedürfnisses und der Verkehrssicherheit auf den Straßen die Höchstzahlen der Kraftfahrzeuge ... fest und teilt sie auf die Länder auf." - Durch § 1 der oben DVO ist die Höchstzahl auf 15614 Kraftfahrzeuge festgesetzt worden.

3) S. oben S. 95 f.

§ 9 I GüKG soll zweierlei Funktionen erfüllen: Er soll einmal die Zahl der Kraftfahrzeuge im Güterfernverkehr übersichtlich halten, um die gesetzlich gebotene Überwachung der Fahrzeuge und Konzessionsinhaber zu erleichtern und der Flüssigkeit des Verkehrs auf den Straßen zu dienen (sicherheitspolizeiliche Funktion). Er soll außerdem die Rentabilität der Bundesbahn im Güterfernverkehr sichern helfen (wirtschafts-politische Funktion). Soweit mit der Höchstzu-lassungsklausel der erstere Zweck erreicht werden soll, greift das angewandte Mittel unver-hältnismäßig schwer in die Freiheit der Berufs-wahl ein. Das Güterkraftverkehrsgesetz räumt der Verwaltungsbehörde genügend weniger einschnei-dende Möglichkeiten ein, dieser Aufgabe nachzu-kommen. Bereits im Rahmen des Genehmigungsver-fahrens sind die fachliche und persönliche Eig-nung, die Leistungsfähigkeit und der technische sowie tatsächliche Zustand der Fahrzeuge zu prüfen ¹⁾. Weiterhin kann die Verwaltungsbehörde die Genehmigung unter Bedingungen und Auflagen erteilen und hat das Recht, die Fahrzeuge jeder-zeit nachprüfen zu lassen (§§ 13 I, 17 GüKG). Eine eventuell anfallende Mehrarbeit kann aber für die objektive Beschränkung eines grundge-setzlich garantierten Rechtes nicht entscheidend sein.

1) § 10 I Ziff. 1 - 3 GüKG i.V.m. der VO vom 8.5.1952 (BAnz. Nr. 89).

Die Hauptbedeutung des Höchstzulassungserfordernisses liegt jedoch in seiner wirtschaftspolitischen Funktion. Es soll der Bundesbahn Schutz vor allzu starker Konkurrenz gewähren und dazu beitragen, daß ihre Rentabilität gesichert wird. Hierzu ist zunächst festzustellen, daß ein absoluter Güterbeförderungsanspruch der Bundesbahn nicht anerkannt werden kann ¹⁾, daß also Schiene und Straße sich grundsätzlich gleichberechtigt gegenüberstehen. Trotzdem besteht bezüglich der Güterbeförderung im Fernverkehr zwischen den Kraftfahrzeugunternehmen und der Bundesbahn ein wesentlicher Unterschied. Für den Einzelunternehmer gibt es keine Beförderungspflicht. Er braucht eine ihm nicht rentabel erscheinende Fracht in ein abgelegenes Gebiet nicht anzunehmen. Im Gegensatz hierzu muß die Bundesbahn gemäß § 453 I HGB und §§ 3, 53 I der Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 8.9.1938 ²⁾ jede Fracht übernehmen und selbst in verkehrsarme Gebiete befördern. Die Rechtsprechung hat wegen dieser Sachlage in zahlreichen Entscheidungen die Beachtung der Höchstzulassungszahl im Genehmigungsverfahren für verfassungsgemäß angesehen ³⁾.

1) So richtig Über S. 175.

2) RGBI. II S. 663.

3) BVerwGE 3, 21; BVerwG in DÖV 1957, 588; 1959 908; BGH in BB 1955, 554; OVG Münster in MDR 1953, 635; OVG Koblenz in ÖV 1956, 90; v. Mangoldt-Klein, Art. 12 Anm. V 5 c (S. 385); Hamann, Grundgesetz, Art. 12 Anm. B 4 b.

Zur Begründung wird, mit unterschiedlicher Betonung der einzelnen Punkte, im wesentlichen ausgeführt, daß infolge einer unbeschränkten Zulassung eine Übersetzung des Gewerbes, eine nachteilige örtliche Massierung an Schwerpunkten, ein ruinöser Wettbewerb und eine Gefährdung der Verkehrssicherheit eintreten könnten. Allerdings darf die Bedeutung dieser verschiedenen Gesichtspunkte nicht verkannt werden. Die Gefährdung der Verkehrssicherheit muß hier jedoch schon deshalb außer Betracht bleiben, weil die Prüfung bei der Zulassung in Verbindung mit der späteren Überwachung und möglichen Auflagen ihr in ausreichendem Maße entgegenwirken ¹⁾. Den sonstigen Gefahren einer unbegrenzten Zulassung wird aber schon durch die - wie ausgeführt, hier zulässige - Bedürfnisprüfung Rechnung getragen. Einer zusätzlichen, schematischen Kontingentierung bedarf es nicht. Die Festsetzung einer Höchstzulassungszahl ist deshalb mit Art. 12 I GG nicht vereinbar ²⁾.

1) S. oben S. 123.

2) Im Ergebnis ebenso Ziegler in DÖV 1955, 173; Krämer in DVBl. 1958, 854.

§ 13. Die Bedürfnisprüfung im Kredit- und Versicherungswesen.

1. Kreditwesen.

Im dritten Abschnitt des Gesetzes über das Kreditwesen vom 10.7.1961 ¹⁾ ist die Zulassung zum Kreditgewerbe geregelt. Das in § 32 I verankerte Erlaubnisprinzip soll im Interesse der gesamtwirtschaftlichen Funktionsfähigkeit und Erhaltung des Kreditapparates sowie zum Schutze der Bankgläubiger leistungsschwache und zweifelhafte Kreditinstitute ausschalten ²⁾. In § 33 I Ziff. 1 - 3 sind alle diejenigen Gründe aufgezählt, die eine Versagung der Erlaubnis rechtfertigen sollen. Bei der Durchsicht dieser Versagungsgründe fällt auf, daß eine dem § 4 I b KreditwesG a.F. ³⁾ ähnliche Vorschrift, wonach die Erlaubnis versagt werden konnte, wenn ein "örtliches und gesamtwirtschaftliches Bedürfnis" nicht vorhanden war, fehlt. Der Gesetzgeber hat bei der Neufassung des Kreditwesengesetzes die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes berücksichtigt, das diese Prüfung für grundgesetzwidrig erklärt hatte ⁴⁾. Da er aber in zahlreichen anderen Fällen noch an einer Bedürfnisprüfung festhält, soll auf die früher geltende Regelung hier wenigstens kurz eingegangen werden.

1) BGBl. I S. 881.

2) Zimmerer-Schönle, Kreditwesengesetz S. 22-26.

3) vom 5.12.1934 (RGBl. I S. 1203) in der Neufassung vom 25.9.1939 (RGBl. I S. 1955)

4) BVerwGE 8, 14 ff. sowie BVerwG in NJW 1959, 590.

Die Bedürfnisprüfung geht auf die Wirtschaftskrise des Jahres 1931 zurück ¹⁾, die aus verschiedenen Gründen einen weitgehenden Zusammenbruch des Kreditgewerbes mit sich brachte. So hat der zur Feststellung der hierfür maßgebenden Ursachen eingesetzte Untersuchungsausschuß u.a. die an vielen Orten vorhandene Übersetzung des Bankgewerbes als Grund angeführt und vorgeschlagen, bei der Schaffung eines Kreditwesengesetzes, das bis dahin fehlte, eine Beaufsichtigung aller Kreditinstitute und eine Bedürfnisprüfung bei der Zulassung einzuführen, wie dies dann auch geschehen ist ²⁾.

Das Kreditwesengesetz verfolgte damit wirtschafts-
politische Zwecke und diente den bereits zugelassenen Unternehmern zur Abwehr unerwünschter Konkurrenz. Das Bundesverwaltungsgericht ³⁾ hat im Gegensatz zu anderen Verwaltungsgerichten ⁴⁾ richtig erkannt, daß mit der Prüfung einer objektiven Zulassungsvoraussetzung im Kreditgewerbe weder die Stabilität der Währung noch die Einlagen der Kunden geschützt werden können oder gar eine Wirtschaftskrise verhindert werden kann,

-
- 1) Vgl. die Einzelheiten hierzu bei Pröhl, Kreditwesengesetz S. 2-16.
 - 2) Vgl. Zimmerer-Schönle S. 16 ff.; Pröhl, Kreditwesengesetz S. 5.
 - 3) BVerwGE 8, 14 ff. sowie BVerwG in NJW 1959, 590.
 - 4) OVG Koblenz in DVBl. 1954, 709; VGH Bebenhausen sowie VGH Stuttgart in DVBl. 1954, 733. Ebenso Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 746; Becker DÖV 1956, 422.

sondern daß sie eine Bestands- und Rentabilitätsgarantie für bereits tätige Unternehmen darstellt¹⁾. Es hat deshalb richtig die Regelung als insoweit mit Art. 12 I GG unvereinbar erklärt.

Unter Berücksichtigung dieser Entscheidung hat der Gesetzgeber bei der Neufassung des Kreditwesengesetzes darauf verzichtet, wieder eine Bedürfnisprüfung anzuordnen. Er hat sich vielmehr damit begnügt, in § 33 eine Reihe subjektiver Zulassungsvoraussetzungen aufzustellen, nämlich Eigenkapitalnachweis, persönliche Zuverlässigkeit und fachliche Eignung. Hierdurch sowie vermittels der Möglichkeiten einer Beaufsichtigung und die Anordnung von Anzeigepflichten²⁾ ist der Schutz der hier in Betracht kommenden Gemeinschaftsgüter ausreichend gesichert. Dies sollte auch in anderen Fällen beachtet werden.

1) In diesem Zusammenhang hat es auch die Frage erörtert, ob Art. 12 I GG auch für juristische Personen gilt (Art. 19 III GG). Es hat dies zutreffend bejaht. Die weite Interpretation des Berufsbegriffes und die Tatsache, daß die juristischen Personen Hauptträger unseres Wirtschaftslebens sind, rechtfertigen die Anwendbarkeit. S. dazu auch BVerwGE 3, 304 (306); 6, 145 (147); BGHZ 19, 130 (138). Die gegenteiligen Meinungen sind teils zu eng (VGH Stuttgart, VGH Bebenhausen s. S. 127 FN 4). Soweit aber auf die Untrennbarkeit von Grundrecht und natürlicher Person abgestellt wird (v. Mangoldt-Klein Art. 19 Anm. VI 3 a), ist übersehen worden, daß Art. 19 III GG nur sinngemäß gelten soll und sonst keinen Anwendungsbereich hätte.

2) §§ 5 u. 13 KreditwesG; s. die Übersicht bei Zimmerer-Schönle S. 22 ff., 71 ff.

2. Versicherungswesen.

Versicherungsunternehmen bedürfen gemäß § 5 I des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (VAG) vom 6.6.1931 ¹⁾ zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs der Genehmigung. Diese kann nach § 8 I Ziff. 3 u.a. davon abhängig gemacht werden, ob sie "unter Berücksichtigung der örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse" gerechtfertigt erscheint. Diese Bedürfnisprüfung im Rahmen des Zulassungsverfahrens kann nur dann Bestand haben, wenn sie notwendig und geeignet ist, die Einlage des Versicherungsnehmers und sein Vertrauen auf die Leistungsfähigkeit des Versicherungsunternehmens vor nachweisbaren Gefahren zu schützen. Hierzu ist, wie die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichtes zur Verfassungsmäßigkeit der Bedürfnisprüfung nach § 4 I b KreditwesG a.F. gezeigt haben, diese objektive Beschränkung nicht geeignet. Auch hier hat die Bedürfnisprüfung eindeutig wirtschaftslenkenden Charakter ²⁾. Der erstrebte Schutz ist schon in anderer Weise, nämlich durch die Schaffung subjektiver Zulassungsvoraussetzungen (§ 8 I Ziff. 1 u. 2 VAG) sowie eine intensive Aufsicht (§ 83 VAG) zumindest ebenso wirkungsvoll und in weniger einschneidender Art gewährleistet. Daher ist auch in diesem Fall die Verfassungsmäßigkeit zu verneinen ³⁾.

1) RGBI. I S. 315, 750; s. auch oben S. 74 mit FN 1.

2) VGH Württemberg-Baden in VersR 1950, 7; Reuss in NJW 1951, 777; Pfeiffer in VersR 1953, 95.

3) So auch Pfeiffer aaO. (FN 2); Dipper in NJW 1952, 601; Prölß, VAG § 8 Anm. 14.

§ 14. Die Bedürfnisprüfung auf den Gebieten der
Rechts- und Steuerberatung.

I. Rechtsbeistand und Prozeßagent.

1. Die rechtliche Beratung und Vertretung anderer durch Personen, welche nicht als Rechtsanwalt zugelassen sind, ist in zweifacher Weise geregelt. Gemäß Art. 1 § 1 I des Gesetzes zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung (RBerMG) vom 13.12.1935 ¹⁾ bedarf die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten der Erlaubnis. Diese darf nach Abs. 2 der Vorschrift u.a. nur erteilt werden, wenn das Bedürfnis nicht bereits durch eine hinreichende Zahl von Rechtsberatern gedeckt ist ²⁾. Einzelpersonen, denen eine solche Erlaubnis unbeschränkt erteilt ist, führen die Berufsbezeichnung "Rechtsbeistand" ³⁾. Sodann ist in § 157 I S. 1, III S. 1 ZPO die Regelung getroffen, daß mit Ausnahme der Rechtsanwälte Personen, die die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, in der mündlichen Verhandlung nur dann als Bevollmächtigte und Beistände auftreten dürfen, wenn ihnen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch Anordnung der Justiz-

1) RGBl. I S. 1478.

2) Außerdem ist zur Voraussetzung gemacht, daß der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit, persönliche Eignung und genügende Sachkunde besitzt.

3) S. § 4 I S. 1 d. 2. VO zur Ausführung d. RBerMG vom 3.4.1936 (RGBl. I S. 359).

verwaltung gestattet ist. Dies sind die sog. Prozeßagenten ¹⁾. Nach § 157 III S. 2 ZPO soll die Justizverwaltung bei ihrer EntschlieÙung neben der Eignung auch darauf Rücksicht nehmen, ob im Hinblick auf die Zahl der bei dem Gericht zugelassenen Rechtsanwälte ein Bedürfnis zur Zulassung besteht.

2. Die Vorschrift des Art. 1 § 1 II RBerMG ist durch das Bundesverwaltungsgericht bereits mit einem Urteil vom 10.5.1955 ²⁾ wegen der darin angeordneten Bedürfnisprüfung als mit Art. 12 I GG unvereinbar erklärt worden. Von der Auffassung ausgehend, daß eine solche objektive Zulassungsbeschränkung nur dann angenommen werden müsse, wenn andernfalls die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet würden ³⁾, hat es dargelegt: Es könne nicht zweifelhaft sein, daß eine geordnete Rechtspflege in einem Rechtsstaat eine der wesentlichen Grundlagen der staatlichen Gemeinschaft sei, und zu einer geordneten Rechtspflege gehöre auch die einwandfreie Beratung der Rechtssuchenden. Die Güte der Rechtsberatung hänge aber nicht von der Zahl der in diesem Beruf tätigen Personen,

1) Auch sie dürfen sich aber gem. S. 2 der in der vorstehenden Fußnote genannten Vorschrift als "Rechtsbeistand" bezeichnen. S. auch unten S. 138(FN 3).

2) BVerwGE 2, 85 = DVBl. 1955, 668.

3) BVerwGE 2, 85 (87); s. auch oben S. 26 (FN 1).

sondern von deren Eignung und Sachkunde ab. Wenn es in jedem Beruf labile Elemente gebe, die sich bei verschärftem Konkurrenzkampf zu unlauteren Machenschaften verleiten lassen könnten, sei das kein Grund, geeigneten Berufsbewerbern den Zugang zu dem gewählten Beruf zu verschließen mit dem Ergebnis, die bereits in diesem Beruf Tätigen vor einem ihnen unbequemen Wettbewerb zu bewahren. Auch der Schutz der Wettbewerbsinteressen der Rechtsanwälte insbesondere rechtfertige keinen Eingriff in das Grundrecht der freien Berufswahl. Ebenso führe die Berufung auf ein besonderes öffentliches Interesse daran, daß zur rechtlichen Beratung in möglichst weitgehendem Umfang Rechtsanwälte zur Verfügung stehen sollten, zu keinem anderen Ergebnis. Da der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich auch Personen ohne volle juristische Ausbildung als Rechtsberater für geeignet halte, sei nicht einzusehen, weshalb es die Interessen der Gemeinschaft an einer einwandfreien Rechtsberatung erfordern sollten, deren Zahl unter anderen Gesichtspunkten als nach der Zuverlässigkeit, Eignung und Sachkunde einzuschränken.

Diesen Ausführungen, welche zutreffend darauf abstellen, daß "die Sicherstellung einer geordneten Rechtspflege die Beschränkung der Zahl der zuzulassenden Rechtsberater unter dem Gesichtspunkt des Bedürfnisses nicht erfordert" ¹⁾, ist

1) So ausdrücklich BVerwGE 2, 85 (89).

in vollem Umfang zu folgen. Sie stimmt mit den Grundsätzen überein, welche das Bundesverfassungsgericht später in seinem Apotheken-Urteil entwickelt hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Entscheidung nach dessen Ergehen auch noch einmal ausdrücklich bestätigt ¹⁾. Ihr ist mit Recht ganz überwiegend zugestimmt worden ²⁾.

3. Während hiernach weitgehend Einverständnis darüber besteht, daß die in Art. 1 § 1 II RBerMG angeordnete Bedürfnisprüfung mit Art. 12 I GG unvereinbar ist, wird die entsprechende Regelung in § 157 III S. 2 ZPO ganz überwiegend für verfassungsmäßig gehalten. Was die gegenteiligen Stimmen angeht, hat in der Rechtsprechung zunächst vor allem das OVG Lüneburg in einem Urteil vom 10.1.1951 ³⁾ die Vereinbarkeit der in § 157 III S. 2 ZPO getroffenen Regelung mit Art. 12 I GG verneint und dazu u.a. ausgeführt:

1) BVerwGE 7, 349 (350).

2) Vgl. z.B. Schorn S. 38 ff. mit weit. Nachw. S. 44 FN 34. Die abweichende Auffassung von Altenhoff-Busch § 1 Anm. 38 - 46 beruht auf einer verfehlten Konzeption des Begriffes Berufswahl.

3) DVBl. 1951, 180 = JZ 1951, 280 (s. auch die Anm. der Redaktion S. 281). Auch als Vorinstanz in BVerwGE 2, 89 (s. außerdem S. 276) hat das OVG Lüneburg noch an seiner Ansicht festgehalten. Diese hat es erst in einem Urteil vom 29.2.1956 im Hinblick auf die gegenteilige Meinung des Bundesverwaltungsgerichts aufgegeben. S. dazu Schorn S. 109.

Die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung, die vorwiegend wettbewerblichen Charakter trage, lasse sich nicht damit begründen, daß eine unbeschränkte Zulassung von Prozeßagenten diesen Beruf und die Rechtspflege gefährde. Das Eindringen ungefestigter Personen könne durch strenge Anforderungen an die persönlichen Voraussetzungen des Bewerbers verhindert werden, und auch während der Tätigkeit könne eine straffe Aufsicht durch die Organe der Justizverwaltung verhindern, daß der Prozeßagent beruflichen Versuchungen erliege ¹⁾.

Demgegenüber wird nunmehr, wie schon gesagt, ganz überwiegend - wenn auch mit verschiedenen Begründungen - die Verfassungsmäßigkeit der in § 157 III S. 2 ZPO vorgeschriebenen Bedürfnisprüfung bejaht. Dies hat namentlich das Bundesverwaltungsgericht schon in einem Urteil getan, das gleichzeitig mit dem oben erwähnten Urteil zu Art. 1 § 1 II RBerMR ergangen ist ²⁾. Auch nach dem Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes hat es an seiner Rechtsprechung festgehalten ³⁾. Dagegen haben die Landesverwaltungsgerichte Arnsberg und Hamburg eine abweichende Auffassung vertreten und deshalb die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes herbeigeführt. Auch dieses

1) S. dazu noch Über S. 251, auch Schorn S. 109.

2) BVerwGE 2, 89, s. auch S. 276 (Urteile vom 10.5. und 2.7.1955).

3) BVerwGE 7, 344 und 349 (Urteile vom 4.12.1958).

hat jedoch durch Beschluß vom 17.11.1959 ¹⁾ die Bedürfnisprüfung nach § 157 III S. 2 ZPO für verfassungsgemäß erachtet. Auch das Schrifttum ist heute fast durchwegs dieser Ansicht ²⁾.
Nachstehend soll auf die verschiedenen in diesem Zusammenhang verwendeten Argumente eingegangen werden.

- a) Zunächst ist zu fragen, ob die Rechtsgültigkeit der in § 157 III S. 2 getroffenen Regelung überhaupt an Art. 12 I GG gemessen werden darf. Dies ist früher mehrfach mit der Begründung verneint worden, es handele sich nicht um eine Berufsregelung, sondern ausschließlich um eine verfahrensrechtliche Regelung ³⁾. Demgegenüber stellen das Bundesverwaltungs- und auch das Bundesverfassungsgericht ⁴⁾ zwar nicht in Abrede, daß § 157 ZPO eine prozeßrechtliche Bestimmung sei. Sie heben jedoch gleichzeitig hervor, daß die Zulassung als Prozeßagent auch eine berufsregelnde Maßnahme sei, die bei der umfassenden Bedeutung des Grundrechts der Berufsfreiheit mit diesem vereinbar sein müsse. Dem ist zuzustimmen, weil sonst die in § 157 ZPO getroffene Regelung nicht in ihrer vollen Bedeutung gewürdigt würde. Die Zulassung

1) BVerfGE 10, 185.

2) Rosenberg S. 111 (§ 28 I, 1); Wieczorek § 157 Anm. B II a; Baumbach-Lauterbach § 157 Anm. 4 A.

3) So z.B. OVG Hamburg in MDR 1952 S. 73; s. dazu auch Schorn S. 107 f.

4) BVerwGE 2, 89 (92), 276, BVerfGE 10, 185 (192).

als Prozeßagent eröffnet dem Zugelassenen eine berufliche Betätigung, die ihm sonst verschlossen wäre. Deshalb fällt die Regelung in den Schutzbereich des Art. 12 I GG.

- b) Hinsichtlich der Anforderungen, welche bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit beachtet werden müssen, ist das Bundesverwaltungsgericht stets davon ausgegangen, daß eine objektive Zulassungsvoraussetzung vorliege ¹⁾. Demgegenüber meint das Bundesverfassungsgericht, § 157 III S. 2 ZPO enthalte lediglich eine Regelung der Berufsausübung, weil es keinen besonderen Beruf des Prozeßagenten gebe, sondern dessen Tätigkeit lediglich eine Betätigungsweise des Berufes "Rechtsbeistand" sei ²⁾. Als Ausübungsregelung sei aber § 157 III S. 2 ZPO schon dann mit Art. 12 I GG vereinbar, wenn vernünftige Gründe des Gemeinwohls ihn zweckmäßig erscheinen ließen ³⁾, was dann - bei diesem Ausgangspunkt sicher zutreffend - bejaht wird. Indessen ist sehr zweifelhaft, ob der früher schon von einigen Instanzgerichten ⁴⁾ vertretenen Auffassung, daß in § 157 III S. 2 ZPO nur eine Regelung der Berufsausübung und nicht auch der Berufsaufnahme enthalten sei, gefolgt werden kann.

1) BVerwGE 2, 89 (93).

2) So BVerfGE 10, 185 (192-197).

3) Hier verweist das Gericht auf BVerfGE 7, 377 (405 f.). S. auch oben S. 27 f.

4) S. dazu außerdem Schorn S. 108 f. mit Nachweisungen insbes. in FN 33; andererseits Altenhoff-Busch Art. 1 § 3 Anm. 68 zu B, (S. 79 ff.), aber auch § 1 Anm. 21.

aa) Neben einem Hinweis auf die Tatsache, daß die Zulassung zum mündlichen Verhandeln vor dem Amtsgericht in der Praxis als wesentliches Element der Tätigkeit eines Rechtsbeistandes angesehen werde, will das Bundesverfassungsgericht vor allem aus der geschichtlichen Entwicklung entnehmen, daß es sich bei Rechtsbeistand und Prozeßagent um denselben Beruf handele ¹⁾. Um dieser Ansicht gerecht werden zu können, muß zunächst ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der heute geltenden Regelung geworfen werden ²⁾.

Die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten durch die sog. Rechtskonsulenten unterlag nach der Reichsgewerbeordnung zunächst keinen Beschränkungen. Im Jahre 1883 ³⁾ wurde in § 35 III RGewO dann die Regelung getroffen, daß einem Rechtskonsulenten die Ausübung seiner Tätigkeit bei Unzuverlässigkeit untersagt werden könne. Durch das Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz von 1935 ⁴⁾ ist dann - wie ausgeführt - eine Erlaubnispflicht eingeführt worden, welche außer dem Nachweis eines Bedürfnisses persönliche Eignung, Zuverlässigkeit und Sachkunde voraussetzte.

1) BVerfGE 10, 185 (194 f., s. auch schon S. 186 - 188).

2) S. dazu auch BVerwGE 2, 85 (90 f.) und 275 (176 f.); 7, 344 (346); Über S. 248 f.; Schorn S. 98 ff.

3) Novelle zur RGewO vom 1.7.1883 (RGBl. S. 159).

4) S. oben S. 130 FN 1.

Hiervon unabhängig hat sich die Regelung der Vertretung in der mündlichen Verhandlung vor den Amtsgerichten entwickelt. Ursprünglich war in § 143 II der Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877 ¹⁾ bestimmt, daß der Richter Bevollmächtigte und Beistände, welche - ohne Rechtsanwälte zu sein - das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betrieben, durch unanfechtbaren Beschluß zurückweisen könne. Durch die Novelle von 1898 ²⁾ wurde die Vorschrift - nunmehr § 157 - durch Absatz IV dahin ergänzt, daß solche Personen nicht zurückgewiesen werden dürften, denen durch die Justizverwaltung das mündliche Verhandeln vor Gericht gestattet sei. Diese Personen wurden als Prozeßagenten bezeichnet ³⁾. Durch Novelle vom 1.9.1909 ⁴⁾ wurde sodann angeordnet, daß die Justizverwaltung für Gerichte, bei denen zur Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte ausreichende Gelegenheit geboten sei, eine solche Anordnung nicht treffen solle. Im Jahre 1933 ist dann die gegenwärtige Regelung getroffen worden, durch welche die Entscheidung über die Zulassung den Prozeßrichtern entzogen und gänzlich der Justizverwaltung übertragen worden ist ⁵⁾.

1) RGBl S. 83.

2) RGBl S. 369, 410.

3) § 3 d. Allg. Verfügung des Preussischen Justizministers vom 25.9.1899 (JMBI. S. 272). Hier wurde außerdem bereits angeordnet, daß die Erlaubnis nur zu erteilen sei, soweit ein Bedürfnis vorliege.

4) RGBl S. 475.

5) RGBl I S. 522. Wegen des Inhalts der Vorschrift s. auch oben S. 130 f.

Das Bundesverfassungsgericht meint, aus der geschichtlichen Entwicklung ergebe sich, daß die gewerberechtliche Grundlage des Berufs für Rechtsbeistand und Prozeßagent stets einheitlich gewesen sei. Die gewerberechtliche Befugnis zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten sei nach wie vor die Voraussetzung für die Gestattung des Auftretens nach § 157 ZPO. Die Auffassung, es könnten auch Personen zum Auftreten in der mündlichen Verhandlung befugt sein, die nicht zugleich Rechtsbeistände seien, treffe nicht zu. Besitze der Bewerber nicht bereits die Erlaubnis nach § 1 RBerMG, so werde sie ihm zugleich mit der Zulassung nach § 157 III S. 2 ZPO, für welche dieselbe Stelle zuständig sei, erteilt ¹⁾.

Hierbei erscheint zunächst nicht hinreichend berücksichtigt, daß sich die Entwicklung beider Regelungen getrennt voneinander vollzogen hat. Während eine Zulassungspflicht für Rechtsbeistände (Rechtskonsulenten) bis 1935 überhaupt nicht bestanden hat ²⁾, gibt es eine solche für das Verhandeln vor Gericht schon seit der Novelle zur ZPO von 1898. Die in ihrer Tätigkeit hiervon betroffenen Personen, welche allgemein als Prozeßagenten bezeichnet wurden ³⁾, bildeten seitdem einen Berufsstand eigener Art, was durch die Umgestaltung der Regelung im Jahre 1933 noch

1) So BVerfGE 10, 185 (194 f.).

2) Vgl. dazu Über S. 248 f.

3) S. oben S. 138 mit FN 3.

deutlicher gemacht wurde ¹⁾. Die Zulassung des Prozeßagenten beschränkt sich nicht auf das Verhandeln vor Gericht, sondern umfaßt sinngemäß auch die Beratung außerhalb der mündlichen Verhandlung und damit die gesamte rechtsbesorgende Tätigkeit eines Rechtsbeistandes. Bei dieser Sachlage bedarf es, wenn eine Erlaubnis nach § 157 III S. 2 ZPO erteilt wird, nicht noch zusätzlich einer solchen nach Art. 1 § 1 I RBerMG ²⁾. Schließlich ist es auch nicht richtig, daß jeder Prozeßagent auch Rechtsbeistand sein müsse. Dies trifft in vielen Fällen nicht zu, so z.B. für Zwangsverwalter, Konkursverwalter oder Nachlaßpfleger, welche nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1 § 3 Ziff. 6 RBerMG von dem Gesetz nicht berührt werden, außerdem etwa für Wirtschaftsberater oder Treuhänder ³⁾.

- bb) In Art. 1 § 3 Ziff. 3 RBerMG ist darüber hinaus auch für den Prozeßagenten ausdrücklich die Anordnung getroffen, daß seine Berufstätigkeit von dem Gesetz nicht berührt werde. Das Bundesverfassungsgericht räumt ein, daß hierdurch der Anschein erweckt werden könne, der Gesetzgeber habe damit einen besonderen Beruf des Prozeßagenten "anerkannt". Jedoch handele es sich nur um eine

1) Vgl. einerseits BVerwGE 7, 344 (346), andererseits Über S. 249 (FN 862), Schorn S. 100.

2) So z.B. Schorn aaO., insofern richtig auch Altenhoff-Busch Art. I § 1 Anm. 21.

3) Vgl. Über S. 247 f. mit FN 855.

gesetzestechisch ungenaue Formulierung einer als Übergangsregelung gedachten Vorschrift ¹⁾. Es ist aber nicht einzusehen, daß in diesem Fall der Prozeßagent in die eingehende Aufzählung des Art. 1 § 3 RBerMG aufgenommen worden wäre. Hätte der Gesetzgeber gewollt, daß die Zulassung zum Prozeßagenten künftig auch die zum Rechtsbeistand umfassen solle, wäre dies in anderer Weise zum Ausdruck gebracht worden ²⁾.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, daß der Gesetzgeber auch in anderen Fällen den Prozeßagenten eindeutig berufliche Eigenständigkeit zuerkannt hat. So ist auch in § 107 a II Ziff. 2 RAO ³⁾ der Prozeßagent - neben Rechtsanwälten, Notaren usw. - unter bestimmten Berufen aufgeführt, welche ohne besondere Zulassung zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen befugt sind. Außerdem ist in der zweiten Verordnung zur Ausführung des RBerMG ⁴⁾ mehrfach der Prozeßagent selbständig neben den Rechtsbeistand gestellt, nämlich in § 1 I S. 2 (Pflicht zur redlichen Geschäftsführung), § 3 I S. 1 (Aufsicht) und § 4 I S. 2 (Bezeichnung als Rechtsbeistand). Bei dieser Sachlage wird anerkannt werden müssen, daß der Prozeßagent einen selbständigen Beruf ausübt.

1) BVerfGE 10, 185 (195 f.).

2) S. dazu Über S. 247 f. mit FN 856.

3) Eingefügt durch Art. 2 RBerMG, neugefaßt durch das Steuerberatungsgesetz vom 16.8.1961 (BGBl. I S. 301).

4) VO vom 3.4.1936 (RGBl. I S. 359).

cc) Der Auffassung, in § 157 III ZPO sei eine reine Ausübungsregelung getroffen, kann selbst dann nicht gefolgt werden, wenn mit dem Bundesverfassungsgericht angenommen wird, daß es keinen eigenständigen Beruf eines Prozeßagenten gebe und daß das mündliche Verhandeln vor Gericht als berufliche Tätigkeit von Rechtsbeiständen anzusehen sei. Denn die (generelle) Zulassung zum mündlichen Verhandeln würde sich dann als Erweiterung des Tätigkeitsbereiches des Rechtsbeistandes darstellen, die ebenfalls nach den Maßstäben für die Berufsaufnahme gemessen werden müßte ¹⁾. Dies gilt umso mehr, als eine solche Erschließung eines zusätzlichen Aufgabengebietes sich nicht auf das Verhandeln vor Gericht beschränkt, sondern notwendig auch auf die Terminsvorbereitung bezieht ²⁾. Außerdem darf hier wohl nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Möglichkeit auch einer Vertretung wenigstens vor dem Amtsgericht oft zu einer Gewinnung weiterer Klienten und auch insofern zu einer Vergrößerung des Tätigkeitsbereiches führen wird. Das Bundesverfassungsgericht hat selbst in anderem Zusammenhang - nämlich für den Fall, daß ein Lebensmittelhändler den Verkauf loser Milch hinzunehmen will - ausgesprochen, daß die Aufnahme einer weiteren Geschäftstätigkeit Berufswahl im Sinne des Art. 12 I GG ist, wenn das Gesetz dafür die Erfüllung besonderer Voraussetzungen

1) So richtig BVerwGE 2, 85 (92), 7, 344 (346).
Vgl. z.B. auch Über S. 245 ff., 251 f.; s. auch noch oben S. 135 f. zu a) nach FN 4.

2) Vgl. hierzu auch Altenhoff-Busch, Art. 1 § 3
Anm. 68 (78 f.); Schorn S. 100.

fordert, in denen die Anerkennung oder Statuierung eines speziellen Berufes zu erblicken ist ¹⁾. Dies muß gerade im Hinblick auf die besonderen Voraussetzungen, welche in § 157 III ZPO aufgestellt sind, auch für den Prozeßagenten gelten. Somit kann es sich nicht lediglich um eine Ausübungsregelung handeln.

- c) Die in § 157 III S. 2 ZPO getroffene Regelung enthält hiernach eine objektive Berufszulassungsbeschränkung ²⁾, deren Verfassungsmäßigkeit davon abhängt, ob die auf der höchsten Stufe zu stellenden Anforderungen erfüllt sind ³⁾. Somit ist zunächst zu fragen, ob die Aufstellung dieser Zulassungsvoraussetzung dem Schutz eines besonders wichtigen, überragenden Gemeinschaftsgutes gegen ihm nachweisbar oder höchstwahrscheinlich drohende schwere Gefahren dient.

Was das zu schützende Gemeinschaftsgut betrifft, hat das Bundesverwaltungsgericht ⁴⁾ zutreffend ausgeführt, daß in einem Rechtsstaat eine geordnete Rechtspflege zu den wesentlichen Grundlagen der staatlichen Gemeinschaft gehöre. Es sei daher Aufgabe des Staates, im Interesse der einzelnen

1) BVerfGE 10, 39 (48); s. auch oben

2) So richtig BVerwGE 2, 89 (93); 7, 344 (348).

3) S. dazu oben S. 33 f.

4) BVerwGE 2, 89 (92); s. auch S. 276 (278) und Bd. 7, 344 (347); 349 (352).

Rechtsuchenden wie der staatlichen Gemeinschaft alle Vorkehrungen zu treffen, um eine geordnete Rechtspflege sicherzustellen. Nach deutschem Zivilprozeßrecht sei die mündliche Verhandlung das Kernstück des gesamten Verfahrens, und sie bilde prinzipiell die Grundlage für die Entscheidung des Gerichts. Insoweit ist dem Bundesverwaltungsgericht zuzustimmen. Gerade im Verfahren vor den Amtsgerichten hat die mündliche Verhandlung nach wie vor entscheidende Bedeutung ¹⁾. Indessen fragt sich bereits, welcher Art die schweren Gefahren sein sollen, welche grundsätzlich die Ausschaltung der Prozeßagenten erfordern würden. Wenn auf Grund des geschäftsmäßigen Auftretens von Personen, die nicht die Ausbildung eines Rechtsanwalts besitzen, nachteilige Auswirkungen auf den Gang des Verfahrens und den Inhalt der zu treffenden Entscheidung befürchtet werden, so liegt es insofern nicht anders, als wenn nicht rechtskundige Bürger sich - was nach § 157 I ZPO grundsätzlich zulässig ist - vor dem Amtsgericht selbst vertreten. Außerdem darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Inhalt der Entscheidung letztlich allein vom Richter abhängt, der auch die Verhandlungsleitung hat. Würden tatsächlich von der Tätigkeit eines Prozeßagenten Gefahren für die Rechtspflege ausgehen, wäre es

1) Vgl. insbes. §§ 129, 507, 510 a ZPO. Es steht den Parteien hier frei, ob sie vorbereitende Schriftsätze wechseln.

auch sinnwidrig, ihnen gleichwohl das Auftreten vor Gericht dann zu gestatten, wenn Anwälte nicht in genügender Zahl vorhanden sind ¹⁾.

Außerdem muß die Frage nach der Notwendigkeit der in § 157 III S. 2 ZPO angeordneten Bedürfnisprüfung zum Schutz des bezeichneten Rechtsgutes gestellt werden. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht ²⁾ in seinen Urteilen nicht ausdrücklich getan. Vielmehr ist es von der Feststellung ausgegangen, daß der Gesetzgeber die Vertretung in der mündlichen Verhandlung auch in den Zivilprozessen vor dem Amtsgericht den Rechtsanwälten hätte vorbehalten können ³⁾. Unter Bezugnahme auf die Rechtsentwicklung hat es hinzugefügt, der Gesetzgeber habe es angesichts der Bedeutung der mündlichen Verhandlung - obschon er keine Bedenken trage, im übrigen die Rechtsberatung neben den Anwälten auch solchen Personen anzuvertrauen, die nicht über eine abgeschlossene juristische Vorbildung verfügen - für erforderlich gehalten, die Wahrnehmung der Vertretung in der mündlichen Verhandlung, auch soweit kein Anwaltszwang bestehe, in § 157 ZPO

1) So richtig Kraemer in DVBl. 1958, 851.

2) Für das Bundesverfassungsgericht kam eine solche Fragestellung schon deshalb nicht in Betracht, weil es eine Berufsausübungsregelung angenommen hat. S. auch BVerfGE 10, 185 (198 f.).

3) So BVerwGE 2, 276 (mit dem Zusatz: "... wenn er dies im Interesse der Rechtspflege für erforderlich gehalten hätte!"); 7, 344 (347 f.); 349 (352 f.).

grundsätzlich den Rechtsanwälten vorzubehalten und die Zulassung anderer Personen zur mündlichen Verhandlung auf Ausnahmen zu beschränken ¹⁾. Eine Vertretung durch Prozeßagenten habe nur dort gestattet werden sollen, wo nach Lage der örtlichen Verhältnisse nicht genügend Rechtsanwälte zur Verfügung ständen, wie das gegen Ende des 18. Jahrhunderts noch bei zahlreichen kleineren Amtsgerichten der Fall gewesen sei ²⁾.

Hieran ist richtig, daß der Gesetzgeber die geschäftsmäßige Vertretung vor Gericht grundsätzlich den Rechtsanwälten vorbehalten wollte und die Zulassung von Prozeßagenten demgemäß als Ausnahmen betrachtet hat. Gleichwohl bleibt Tatsache, daß der Gesetzgeber auch bei der letzten Neufassung des § 157 ZPO im Jahre 1933 das Anwaltsmonopol nicht lückenlos verwirklicht, sondern weiterhin die Möglichkeit einer Durchbrechung dieses Grundsatzes vorgesehen hat. Gerade durch die generelle Übertragung der Zulassung von Prozeßagenten auf die Justizverwaltung hat die Berufstätigkeit des Prozeßagenten noch weitere Selbständigkeit gewonnen ³⁾. Deshalb muß sich auch die Möglichkeit des Zugangs zu dieser Tätigkeit in vollem Umfang nach dem Maßstab des Art. 12 I GG bestimmen.

1) So BVerwGE 2, 89 (94); ähnlich S. 276 (278) und Bd. 7, 344 (347); 349 (352). S. auch BVerfGE 10, 185 (198 f.).

2) Vgl. BVerwGE 2, 276 (278).

3) S. oben S. 139 f.

Bachof ¹⁾ hat die Auffassung vertreten, die Regelung des § 157 III ZPO rechtfertige sich allein schon aus der Erwägung, daß das berufsmäßige Verhandeln vor Gericht Teilhabe an einer öffentlichen Funktion, der Beruf des Prozeßagenten daher ebenso wie derjenige des Anwalts ein "staatlich gebundener" ²⁾ und diese Bindung durch die Erfordernisse einer geordneten und hochwertigen Rechtspflege legitimiert sei ³⁾. Dem kann nicht zugestimmt werden. Zwar ist der Rechtsanwalt in § 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1.8.1959 ⁴⁾ als Organ der Rechtspflege anerkannt, aber es ist hinzugesetzt, daß er als solches "unabhängig" sei, und in § 2 ist sodann festgelegt, daß der Rechtsanwalt einen freien Beruf ausübt. Solange dies der Fall ist, sind die rechtsberatenden Berufe grundsätzlich auch der freien Berufswahl zugänglich ⁵⁾. Die Ansicht von Bachof ist also nur zutreffend, soweit sie das hier fragliche Gemeinschaftsgut bezeichnet. Die Notwendigkeit seines Schutzes durch eine objektive Zulassungsbeschränkung ist damit jedoch nicht bewiesen. Auch der Hin-

1) Grundrechte S. 240.

2) S. hierzu auch oben S. 14 f.

3) Bachof hat hinzugefügt, Anwalt und Prozeßagent üben substantiell eine gleichartige Tätigkeit aus, sodaß die grundsätzliche Beschränkung auf Anwälte letztlich auf einen qualifizierten Sachkundenachweis hinauslaufe. Hierbei ist verkannt, daß es um die Qualifizierung nur des Prozeßagenten gehen kann.

4) BGBl. I S. 565.

5) So richtig BVerwGE 2, 89 (92).

weis, daß nur der Rechtsanwalt einer Standesaufsicht unterliege und daß dies eine besondere Gewähr für die einwandfreie Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben biete ¹⁾, führt in dieser Hinsicht nicht weiter, da auch der Prozeßagent wie der Rechtsbeistand einer nicht weniger wirk-samen Aufsicht unterliegt, nämlich derjenigen der Land- oder Amtsgerichtspräsidenten ²⁾.

Sachliche Gesichtspunkte, welche die Beibehaltung der generellen Bedürfnisprüfung nach § 157 III S. 2 ZPO zwingend gebieten, lassen sich hier-nach nicht auffinden. Vielmehr war - wie insbe-sondere das OVG Lüneburg hervorgehoben hat - die Regelung vor allem dazu bestimmt, den Rechtsan-waltsstand durch Fernhaltung von Konkurrenz zu fördern und trug damit "vorwiegend wettbewerb-lichen Charakter" ³⁾. Der für die Rechtspflege erstrebte Schutz wird durch die zusätzlich ge-forderte subjektive Voraussetzung der (persön-

1) BVerwGE 7, 349 (352 f.).

2) § 3 I d. 2. AusfVO zum RBerMG; s. dazu auch oben S. 141 (FN 4).

3) Zu der Entscheidung des OVG Lüneburg s. oben S. 133. Vgl. außerdem z.B. Schorn S. 109, Über S. 251. S. auch BVerwGE 2, 276 (278): "... in den Erörterungen des Reichstags vereinzelt die Interessen des Anwaltstandes betont wor-den". Daß die Regelung des § 157 III S. 2 ZPO dem wirtschaftlichen Schutz der Rechtsanwälte vor dem Wettbewerb der Prozeßagenten diene, hat neuerdings das LVG Arnberg ausgesprochen; s. BVerfGE 10, 185 (189). S. auch wegen der entsprechenden Problematik bei Art. 1 § 1 II RBerMG und der Stellungnahme des BVerwG hier-zu oben S. 131 f.

lichen und sachlichen) Eignung bei entsprechender Handhabung hinreichend gewährleistet ¹⁾.

Hieran wird nichts durch die Feststellung geändert, daß der Rechtsanwalt auf Grund seiner abgeschlossenen juristischen Vorbildung die besten Voraussetzungen für eine ordnungsmäßige Vertretung der Parteien in der mündlichen Verhandlung mitbringe ²⁾. Allein entscheidend ist, ob der Prozeßagent für den einen solchen offenstehenden Tätigkeitsbereich hinreichend qualifiziert ist. Wenn dies bei der Prüfung seines Zulassungsgesuches festgestellt wird, darf ihm der Zugang hierzu nicht verschlossen werden. Es besteht kein sachlicher Grund, anders als im Falle des Art. 1 § 1 II RBerMG darüber hinaus eine Bedürfnisprüfung zu fordern. Soweit eine solche in § 157 III S. 2 ZPO angeordnet ist, läßt sich das sonach mit Art. 12 I GG nicht vereinbaren ³⁾.

1) So auch LVG Hamburg; s. BVerfGE aaO.

2) So BVerwGE 7, 349 (352). Gerade in diesem Falle handelte es sich übrigens um die Zulassung eines früheren Rechtsanwaltes.

3) Ebenso im Ergebnis Über S. 250; Kraemer in DVBl. 1958, 851 f. Zweifelnd z.B. auch Schorn S. 109.

II. Wirtschaftsprüfer und Steuerberater.

Gemäß § 9 des Steuerberatungsgesetzes vom 16. 8. 1961 ¹⁾ ist ein Steuerberater von der obersten Landesbehörde, ein Steuerbevollmächtigter von der zuständigen Oberfinanzdirektion dann zu ernennen, wenn die einzelnen Voraussetzungen der §§ 4 - 7 vorliegen. Bei dieser Zulassungsregelung hat es der Gesetzgeber vermieden, objektive Genehmigungsvoraussetzungen aufzustellen. Hingegen hat er sehr ins einzelne gehende Vorschriften über Ausbildungsvoraussetzungen und Ausbildungsgang sowie über Maß und Umfang der Sachkenntnisse aufgestellt. Damit ist die bis dahin geltende Regelung in § 107 a RAO ²⁾ verlassen, wo die Zulassung von dem Vorhandensein eines Bedürfnisses abhängig gemacht wurde.

Das Steuerberatungsgesetz läßt ebenso wie die Neufassung des Kreditwesengesetzes ³⁾ deutlich erkennen, daß der Gesetzgeber bei berufsregelnden Gesetzen nunmehr das Gewicht auf eine differenzierte Ausgestaltung subjektiver Zulassungsbedingungen legt, offenbar auf Grund der Erkenntnis, daß ein Eingriff auf dieser Stufe die Freiheitsgarantie des Art. 12 I GG weniger beeinträchtigt und außerdem als Mittel der Gefahrenabwehr zumindest ebenso geeignet ist.

1) BGBl. I S. 130.

2) In die Abgabenordnung eingefügt durch Art. 2 des RBerMG; s. auch oben S.

3) S. oben S. 126 - 128 (§ 13, 1).

§ 15. Die Bedürfnisprüfung im Gesundheitswesen.

1. Apothekenwesen.

Für das Apothekenwesen bestand bis zum Jahre 1953 weder eine reichs- noch eine bundesrechtliche Regelung. Durch Bundesgesetze über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken ("Apothekenstopppgesetze") vom 13. 1. 1953 ¹⁾ und vom 23. 12. 1955 ²⁾ wurde jeweils für einen begrenzten Zeitraum bestimmt, daß sich die Erlaubnis zur Errichtung einer Apotheke ausschließlich nach den Bestimmungen richten solle, die am 1. Oktober 1945 in den einzelnen Ländern galten ³⁾. Diese Gesetze, welche die in der amerikanischen Besatzungszone vorgenommene Ausdehnung der Gewerbefreiheit auf die Apotheken rückgängig machen wollten, sind durch Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 30. 5. 1956 ⁴⁾ für nichtig erklärt worden, weil ihr Inhalt unklar und unbestimmt sei und sie deshalb nicht den Anforderungen entsprächen, die aus rechtsstaatlichen Gründen an ein Gesetz zu stellen seien.

1) BGBl. I S. 9 in der Fassung der Änderungs-
setze vom 4.7.1953 (BGBl. I S. 469) und vom 10.
8.1954 (BGBl. I S. 256).

2) BGBl. I S. 840.

3) Vgl. auch Landmann-Rohmer § 6 Anm. 4 (S. 127 f.),
wo die verschiedenen landesgesetzlichen Rege-
lungen aufgeführt sind.

4) BVerfGE 5, 25.

Hiernach kommt es allein auf die Vereinbarkeit der in den einzelnen Ländern geltenden Regelungen mit Art. 12 I GG an. Von diesen Bestimmungen war das Bayerische Gesetz über das Apothekenwesen vom 16.6.1952¹⁾ in der Fassung des Gesetzes vom 10.12.1955²⁾ Gegenstand des grundlegenden und schon wiederholt erwähnten Apotheken-Urteils des Bundesverfassungsgerichtes vom 11.1.1958³⁾. Dieses hat in Art. 3 I des bezeichneten Gesetzes für nichtig erklärt, nach welchem die Betriebserlaubnis für eine neu zu errichtende Apotheke nur erteilt werden durfte, wenn

- "a) die Errichtung der Apotheke zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im öffentlichen Interesse liegt und
- b) anzunehmen ist, daß ihre wirtschaftliche Grundlage gesichert ist und durch sie die wirtschaftliche Grundlage der benachbarten Apotheken nicht so weit beeinträchtigt wird, daß die Voraussetzungen für den ordnungsgemäßen Apothekenbetrieb nicht mehr gewährleistet sind."

Weiterhin ist noch festgelegt, daß mit der Erlaubnis die Auflage verbunden werden könne, die Apotheke in einer bestimmten Lage zu errichten. Auch wenn dieser Ausdruck nicht gebraucht worden ist, handelte es sich hier um die Anordnung einer

1) GVB1. S. 181.

2) GVB1. S. 267.

3) BVerfGE 7, 377; s. oben insbes. S. 9 ff., 26 ff.

Bedürfnisprüfung, also einer objektiven Zulassungsvoraussetzung¹⁾.

Bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit ist das Bundesverfassungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß die Volksgesundheit ein überragendes Gemeinschaftsgut ist, das zu seinem Schutze einen Eingriff in das Freiheitsrecht des Art. 12 I GG rechtfertigen kann²⁾. Schon die weitere Frage aber, ob ohne eine Niederlassungsbeschränkung eine Gefährdung der Volksgesundheit zu befürchten ist, hat das Bundesverfassungsgericht mit guten Gründen verneint. Es hat dazu ausgeführt: Zwar bringe die Niederlassungsfreiheit eine Vermehrung der Apotheken mit sich, doch könne nicht von einer "hemmungslosen" Vermehrung gesprochen werden, da die Gründung hohe Investitionen und einen qualifizierten Ausbildungsgang des Apothekers erfordere. Planlosen Neugründungen sei deshalb vorgebeugt³⁾. Auch für die Verminderung der Leistungsfähigkeit bei unbeschränkter Zulassung gebe es keine Anhaltspunkte. Weder eine Mindesteinwohnerzahl des "Einzugsgebietes", noch eine ermittelte "Rentabilitätsschwelle" seien dazu geeignet, sicherzustellen, daß der Apotheker seine gesetzlichen

1) Vgl. dazu BVerfGE aaO. S. 394-396, 413 f.; auch oben S. 93 ff. und - wegen der ähnlichen Problematik beim Personenbeförderungsgesetz - S. 111 ff., 116-118.

2) BVerfGE 7, 377 (414).

3) BVerfGE aaO. S. 415, 417, 420, 422.

Verpflichtungen gewissenhaft wahrnehme ¹⁾. Im übrigen sei die Gefahr der unvorschriftsmäßigen Arzneimittelabgabe nicht durch eine Beschränkung der Zahl der Apotheken, sondern bereits vorher durch ein entsprechendes Arzneimittelgesetz zu bekämpfen ²⁾.

Auch die Notwendigkeit einer Regelung auf der Stufe der objektiven Zulassungsbedingungen hat das Bundesverfassungsgericht mit überzeugender Begründung verneint. Es hat hervorgehoben, daß sich Gefahren, die aus der Arzneimittelherstellung und dem Arzneimittelverkehr möglicherweise für die Gesundheit der Bevölkerung entstehen könnten, durch gesetzliche Regelung der Berufsausübung nach Art. 12 I S. 2 GG weitgehend beseitigen oder vermindern ließen, ohne daß der engste Bereich des Grundrechts der Berufsfreiheit getroffen zu werden brauche. Hier sei zunächst an die Berufsgerichtsbarkeit zu denken, auch an Regelungen, die nicht nur die Leistung, sondern auch den Erwerb und Besitz mehrerer Apotheken durch denselben Apotheker verhindern könnten, außerdem etwa an eine Verringerung der wirtschaftlichen Belastungen durch eine freiere Lagerdisposition ³⁾.

1) BVerfGE aaO. S. 423 ff.

2) BVerfGE aaO. S. 431 ff.

3) BVerfGE aaO. S. 438 ff.

Eine objektive Niederlassungsbeschränkung für Apotheker im Sinne der bezeichneten Vorschrift des Bayerischen Gesetzes über das Apothekenwesen ist hiernach mit Art. 12 I GG unvereinbar. Derartige Regelungen sind offenbar weitgehend durch berufspolitische Erwägungen beeinflusst. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu abschließend ¹⁾ noch ausgesprochen, daß solche Erwägungen, die dem Schutz des Standes und der Erhaltung seines traditionellen Niveaus gelten, zurücktreten müßten, wenn der engste Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 12 I GG in Frage stehe. Auch dem ist beizupflichten. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes hat deshalb zu Recht auch wegen seines Ergebnisses in der zu entscheidenden Frage allgemeine Zustimmung gefunden ²⁾.

2. Hebammenwesen.

Gemäß § 10 I des Hebammengesetzes ³⁾ darf sich eine Hebamme "zur selbständigen Ausübung ihres Berufs an einem Ort nur dann niederlassen, wenn die zuständige Behörde ihr die Niederlassungserlaubnis erteilt hat". Bei der Erteilung der Erlaubnis ist auch bei Vorhandensein der subjektiven Voraussetzungen der §§ 6 und 7 HebG in Verbindung mit der 1. Durchführungsverordnung

1) BVerfGE aaO. S. 444.

2) Vgl. auch Hamann, Grundgesetz, Art. 12 B 5 b; Scheuner in DVBl. 1958, 845; Kraemer in DVBl. 1958, 850.

3) S. oben S. 79 FN 2.

vom 3.3.1939 ¹⁾ gesondert zu prüfen, ob nicht "durch eine der Bevölkerungsdichte, der Geburtenhäufigkeit sowie den Entfernungs- und Verkehrsverhältnissen entsprechende Zahl von Hebammen eine ausreichende Hebammenhilfe bereits gesichert ist" (§ 10 II HebG). Maßstab ist die unmittelbare wirtschaftliche Existenzsicherung für Hebammen, denen in § 14 I HebG ein bestimmtes Mindesteinkommen gewährleistet wird ²⁾.

Die Verfassungsmäßigkeit des § 10 II HebG, der demnach in sachlichem Zusammenhang mit § 14 HebG steht, ist durch die Rechtsprechung bejaht worden ³⁾. Hauptsächlich wurde, von der besonderen gesundheitspolitischen Stellung der Hebamme ausgehend ⁴⁾, zur Begründung ausgeführt, daß eine unbeschränkte Zulassung zu einer Übersetzung und damit zu einem verschärften Existenzkampf führen würde. Dies müsse zur Folge haben, daß die besonderen Aufgaben der Hebammen gegenüber dem Streben nach einer gesicherten wirtschaftlichen Position zum Schaden von Mutter und Kind in den Hintergrund treten würden. Zudem sei dann infolge Sinkens der Berufsmoral der Weg zu unlauteren Machenschaften geöffnet.

1) RGBl. I S. 417.

2) S. auch die §§ 9 - 15 der 2. DVO zum HebG vom 13.9.1939 (RGBl. I S. 1764).

3) BVerwGE 9, 334; OVG Berlin in NJW 1955, 1004.

4) Vgl. §§ 1, 2 I HebG.

Über die Schutzbedürftigkeit der Gesundheit von Mutter und Kind kann kein Zweifel bestehen. Es fragt sich aber, ob eine derartig einschneidende Zulassungsregelung notwendig ist und ob ohne sie diesem Gemeinschaftsgut konkrete Gefahren drohen. Eine solche Gefährdung ist nicht ersichtlich. Eine nicht zu unterschätzende Schranke gegen eine mißbräuchliche Berufsausübung bieten bereits die allgemeinen Strafvorschriften ¹⁾. Darüber hinaus ist gerade der Hebammenberuf von einem dichten Netz von Sicherheitsvorschriften überzogen. So untersteht die Hebamme gemäß § 16 S. 2 HebG der Aufsicht des Gesundheitsamtes, und gemäß § 8 HebG in Verbindung mit §§ 6 - 10 der 1. DVO kann die Anerkennung unter den dort umschriebenen Voraussetzungen jederzeit zurückgenommen werden ²⁾. Die Aufsichtsbehörde hat sogar schon gemäß § 8 IV HebG in Verbindung mit den §§ 11 - 13 der 1. DVO die Möglichkeit, bei dringendem Verdacht schwerer Verfehlungen ein vorläufiges Verbot der Ausübung des Hebammenberufes auszusprechen.

Außerdem ist die abstrakte Festsetzung einer bestimmten Zulassungszahl nicht das geeignete Mittel, angenommenen oder vorhandenen Gefahren zu begegnen. Sie bietet keine Gewähr, daß eine bereits zugelassene Hebamme ihren Berufspflichten nicht nachkommt. Dagegen hat der Gesetzgeber

1) §§ 212, 218, 223, 223a, 226, 230 StGB.

2) S. dazu oben S. 80 - 82.

durch eine straffe Ausgestaltung des Hebammenberufs den Verwaltungsbehörden als Aufsichts- und Zulassungsorganen die Möglichkeit gegeben, nur solche Bewerberinnen zu berücksichtigen, die dem Zweck und den Anforderungen des Berufs gerecht werden. So kann gemäß § 7 I HebG in Verbindung mit den §§ 1 - 5 der 1. Durchführungsverordnung die Anerkennung bei mangelnder sachlicher und persönlicher Eignung versagt werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Vorbereitung zum Hebammenberuf und der Gang der Ausbildung, die Prüfung und sogar die Fortbildung in der 6. Durchführungsverordnung zum Hebammengesetz ¹⁾ genau geregelt sind und daß sogar eine besondere Hebammen-Prüfungsordnung erlassen worden ist ²⁾. Auch schon im Rahmen der abzulegenden Prüfung kann festgestellt werden, ob die Bewerberin die Voraussetzungen erfüllt, die eine ordnungsgemäße Ausübung des erstrebten Berufes unter Beachtung des Schutzes der Gesundheit von Mutter und Kind erfordert. Eine Beschränkung in der Art und Weise der §§ 10 II, 14 I HebG ist sonach mit Art. 12 I GG nicht vereinbar ³⁾.

1) vom 16.9.1941 (RGBI. I S. 561).

2) S. Landmann-Rohmer, Anhang 18 S. 899.

3) So auch Uber S. 185.

3. Heilpraktiker.

Nach § 1 I des Gesetzes über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) vom 17.2.1939 ¹⁾ bedarf derjenige, der die Heilkunde, ohne als Arzt bestallt zu sein, ausüben will, der Erlaubnis, die nach § 2 I "nur in besonders begründeten Ausnahmefällen" zu erteilen ist ²⁾. Die Vorschrift des § 2 I enthält, da sie die Erteilung einer Erlaubnis in das Ermessen der entscheidenden Behörde stellt und insoweit dem Einfluß des Bewerbers gänzlich entzieht, eine objektive Zulassungsbeschränkung ³⁾. Diese läuft auf eine Bedürfnisprüfung hinaus und kann deshalb nur zulässig sein, wenn sie zum Schutz vorrangiger Gemeinschaftsgüter notwendig und geeignet ist.

Die Volksgesundheit ist, wie schon mehrfach hervorgehoben, ein solches Gemeinschaftsgut. Jedoch kann der Gefahr der "Kurpfuscherei" auf weniger einschneidende Weise begegnet werden. Der Gesetzgeber hat in § 2 I a - i der l. Durchführungsverordnung ⁴⁾ einen umfangreichen Katalog von Zulassungsbedingungen aufgestellt,

1) RGBl. S. 251.

2) Über die weiteren Voraussetzungen vgl. § 2 I, 8 III der l. DVO zum Heilpraktikergesetz vom 18.2.1939 i.d.F. d. VO v. 3.7.1941 (RGBl. I 459 bezw. 368).

3) S. dazu Über S. 107 FN 293; 109 mit FN 300.

4) S. vorst. FN 2.

deren Nachweis der Bewerber bei der Behörde (§ 3 I d. 1. DVO) zu erbringen hat und bei deren Fehlen die Erlaubnis nicht erteilt werden darf. Diese Zulassungsvoraussetzungen, die von der persönlichen Zuverlässigkeit (§ 2 I e, f) bis zum Sachkundenachweis (§ 2 I d, g, i) reichen, geben die Gewähr, daß nur qualifizierte Bewerber berücksichtigt werden können, von denen keine Gefahr für die Volksgesundheit ausgeht. Die darüber hinaus vorgenommene abstrakte Beschränkung ist verfassungswidrig ¹⁾.

4. Die Zulassung als Kassenarzt.

Die §§ 368 a und 368 c RVO in der Fassung des Gesetzes über das Kassenarztrecht vom 17. 8. 1955 ²⁾ sowie die Zulassungsordnungen vom 28. 5. 1957 ³⁾ haben die Zulassung zur Kassenarzt-tätigkeit von einer bestimmten Richt- oder Ver-hältniszahl abhängig gemacht ⁴⁾ und damit einen numerus clausus für zugelassene Kassenärzte festgelegt. Die Rechtsprechung hat zunächst die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Beschränkung mit der Begründung bejaht, daß

1) So auch Kraemer DVBl. 1958 S. 852. Vgl. außerdem noch BVerwG in NJW 1957, 841. Wegen der Zulässigkeit der einzelnen in § 2 I d. 1. DVO aufgezählten Voraussetzungen vgl. Rohlfing-Kiskalt-Wolff § 1 Anm. 2 b (S. 21-22).

2) BGBI. I S. 513.

3) BGBI. I S. 572 und 582 (letztere betrifft die Kassenzahnärzte).

4) § 368 a I RVO: auf je 500 Mitglieder ein Arzt, auf je 900 Mitglieder ein Zahnarzt.

eine unbegrenzte Zulassung die kassenärztliche Versorgung nicht mehr gewährleisten könne, weil die wirtschaftliche Existenz des Arztes gefährdet würde ¹⁾. Später wurde jedoch darauf abgestellt, daß die Tätigkeit als Kassenarzt kein selbständiger Beruf sei, sodaß nur eine Ausübungsregelung vorliege, durch welche das Recht der freien Berufswahl nicht beschränkt werde ²⁾.

Das Bundesverfassungsgericht hingegen hat mit Urteil vom 23.3.1960 ³⁾ die Verhältniszahl für Kassenärzte als mit Art. 12 I GG nicht vereinbar erklärt. Es hat zwar ebenfalls den Kassenarzt nicht als besonderen Beruf angesehen, sondern nur eine besondere Ausübungsform des Berufs eines frei praktizierenden Arztes angenommen, sodaß es sich um eine Berufsausübungsregelung handele ⁴⁾. Es hat aber richtig erkannt, daß diese Regelung einem Eingriff in die Berufswahl sachlich nahe steht ⁵⁾. Es hat hierzu auf

-
- 1) OVG Hamburg in VerwRspr. 4, 852; ebenso Reuss in NJW 1951, 277.
 - 2) OVG Koblenz in AS 1, 378; OVG Münster in MDR 1953, 637; BSozG in DVBl. 1956, 186, 872.
 - 3) BVerfGE 11, 30; s. auch 12, 144 (Kassenzahnärzte).
 - 4) BVerfGE aaO. S. 42.
 - 5) Insoweit ist die Problematik ähnlich der des Verhältnisses zwischen Rechtsbeistand und Prozeßagent; s. dazu oben S.142 f. Im Gegensatz zu den oben getroffenen Feststellungen ist allerdings hier die Annahme eines eigenständigen Berufes nicht gerechtfertigt.

den wichtigen Gesichtspunkt verwiesen, daß bereits 80 % der Bevölkerung von der gesetzlichen Krankenversicherung erfaßt wird und ein frei praktizierender Arzt ohne Zulassung als Kassenarzt in der Regel seinen Beruf nicht auf die Dauer ausüben kann. Dem ist hinzuzufügen, daß die Zulassung als Kassenarzt es einem jungen Arzt oft erst überhaupt möglich macht, sich selbständig zu machen. Die Wirkung der schematischen Zulassungszahl kommt deshalb - so hat das Bundesverfassungsgericht zutreffend festgestellt - einer Bedürfnisprüfung gleich, auf die der Arzt keinen Einfluß hat ¹⁾. Gründe, welche einen so weitgehenden Eingriff in das Grundsatz nach Art. 12 I GG rechtfertigen könnten, liegen jedoch, wie das Bundesverfassungsgericht eingehend dargelegt hat, nicht vor. Weder würde eine unbeschränkte Zulassung eine Gefahr für den Kassenpatienten bedeuten, noch ist die Beschränkung notwendig ²⁾. Die bezeichnete Regelung, welche durch Abstellen auf feste Verhältniszahlen den Kreis der Kassenärzte schematisch begrenzt, ist demnach mit Art. 12 I GG nicht vereinbar.

1) BVerfGE aaO. S. 43 ff.

2) BVerfGE aaO. S. 45 ff. Vgl. auch Weidner in JZ 1959, 758 f. mit Nachweisungen.

Schlußbemerkung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die Grundsätze über die Verfassungsmäßigkeit von berufsregelnden Vorschriften, welche das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 11.6.1958 - dem sog. Apotheken-Urteil - aufgestellt hat, sich in der Folgezeit bewährt haben. Allerdings ist mit ihnen nur ein Rahmen abgesteckt, der in vielen Fällen durch zusätzliche Wertungen ausgefüllt werden muß. Hierbei ist das Differenzierungsgebot, welches das Gericht aufgestellt hat, stets zu beachten. Dies gilt bereits für die auf der "untersten Stufe" stehenden Ausübungsregelungen, in gesteigertem Maße aber für subjektive und insbesondere für objektive Zulassungsbeschränkungen. Die Verfassungsmäßigkeit von objektiven Voraussetzungen der Berufsaufnahme kann nur in besonders gelagerten Fällen bejaht werden. Dies darf indessen nicht dazu führen, daß durch eine Steigerung der Anforderungen an subjektive Zulassungsbedingungen oder durch erschwerte Ausübungsregelungen auf einem Umweg dieselbe Sperrwirkung herbeigeführt wird. Wenn auf diese Weise dem Sinn der in Art. 12 I GG enthaltenen Grundrechtsgarantie entsprochen wird, ist zugleich interventionistischen Tendenzen der Verwaltungsbehörden auf dem Gebiet des beruflichen Zulassungswesens eine wirksame Grenze gezogen.

Literaturverzeichnis

- Abraham Kommentierung des Art. 12 im Kommentar zum Bonner Grundgesetz, herausgeg. von Dennewitz u.a., Hamburg 1950 (zit.: Abraham)
- Der Meinungsstreit über die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung und die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1954/561
- Altenhoff-Busch Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung, Kommentar, München 1957
- Anschütz Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl., Berlin 1933
- Bachof Die Freiheit des Berufs in "Die Grundrechte", Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgeg. von Betterman, Nipperdey und Scheuner, 3. Bd. 1. Hlbd. S. 154 ff., Berlin 1958
- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957/330
- Zum Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1958/486 ff.
- Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht in "Die Grundrechte", Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgeg. von Betterman, Nipperdey und Scheuner, 3. Bd. 1. Hlbd. S. 1 ff., Berlin 1958
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung, Kommentar, 26. Aufl., München - Berlin 1961
- Becker Zulassungsbeschränkungen im Kreditgewerbe DÖV 1956, 422 ff.
- Zum Grundrecht der Berufswahl, NJW 1955, 373
- Zum Befähigungsnachweis im Handwerk, NJW 1955, 975
- Britsch-Rosenberger-Hauss Die Berufsausübung im Einzelhandel, Kommentar, Berlin - Frankfurt a.M. 1961

- Dipper Bedürfnisprüfung im Gaststättengewerbe
nach dem Bonner Grundgesetz,
NJW 1952, 601
- Eyermann-Fröhler Kommentar zur Handwerksordnung,
München - Berlin, 1953
- Fromm Das neue Personenbeförderungsgesetz,
DVBl. 1961, 428
- Greif Personenbeförderungsgesetz, Kommentar,
München - Berlin 1961
- Hamann Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
vom 23. Mai 1949, Kommentar, 2. Aufl.,
Berlin - Neuwied - Darmstadt 1961
- Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung,
Heidelberg 1953
- Hamel Das Recht zur freien Berufswahl,
DVBl. 1958/37 ff.
- v.d. Heide Das Recht der freien Berufswahl
gem. Art. 12 des Grundgesetzes,
BB 1950/485 ff.
- Heinze Das neue Personenbeförderungsgesetz
NJW 1961, 99
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1. Bd.
Tübingen 1953, 2. Bd. Tübingen 1954
- Ipsen Verfassungsfragen zur Handwerksordnung,
DVBl. 1956/358 ff.
- Jellinek, Walter Besprechung von Ubers "Freiheit des Berufs",
DÖV 1952, 383
- Krämer Die präjudizierende Wirkung des Apotheker-
Urteils, DVBl. 1958/850 ff.
- Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung
nach der Handwerksordnung,
DVBl. 1961, 194
- Krüger Die Einschränkungen von Grundrechten nach
dem Grundgesetz, DVBl. 1950/625 ff.
- Küng Der Interventionismus,
Handbuch der Sozialwissenschaften, 1941
Bd. V S. 328

- Landmann-Rohmer Kommentar zur Gewerbeordnung 1. Bd.
11. Aufl., München - Berlin 1956
- Lerche Grundrechtsbegrenzungen "durch Gesetz"
im Wandel des Verfassungsbildes,
DVBl. 1958, 524
- Loppuch Zur Freiheit der Berufswahl und Beschrän-
kung der Berufsausübung,
DÖV 1951/123 ff.
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
1. Bd. 2. Aufl., Berlin-Frankfurt 1957
- Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz,
München - Berlin 1959
- Naumann Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit
JZ 1951/423 ff.
- Pfeifer Bedürfnisprüfung, Grundgesetz und Ver-
sicherungsaufsicht, VersR 1953 S. 95
- Pröhl Reichsgesetz über das Kreditwesen,
Kommentar 2. Aufl., Berlin 1939
- Prölß Versicherungsaufsichtsgesetz und Neben-
gesetze, Kommentar, 3. Aufl.,
München - Berlin 1961
- Reuß Der "numerus clausus" im Gewerberecht
und für freie Berufe,
NJW 1951/777 ff.
- Die "Zuverlässigkeit" im Gewerberecht,
DV 1948/55 ff.
- Das Bundesverfassungsgericht zur Hand-
werksordnung, DVBl. 1961, 865
- Das Gesetz über die Berufsausübung im Ein-
zelhandel in verfassungsrechtlicher und
wirtschaftspolitischer Schau, DVBl. 1957,
704.
- Rohlfing-
Kiskalt-Wolff Handkommentar zur Gewerbeordnung, 2. neu-
bearb. Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1958
- Rosenberg Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl.
München - Berlin 1960

- Scheuner Handwerksordnung und Berufsfreiheit,
Rechtsgutachten in den Heften 21 - 24 des
DVBl. 1956, auch Sonderdruck, herausgeg.
vom Deutschen Handwerkskammertag 1956
- Das Grundrecht der Berufsfreiheit,
DVBl. 1958/845 ff.
- Schorn Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz, Kommentar,
Darmstadt
- Sieg Das Recht der Gewerbezulassung und Art. 12 GG.
DVBl. 1950/197 ff.
- Sigl Gesetz über die Berufsausübung im Einzel-
handel, Kommentar, Köln 1958
- Schultz Blick in die Zeit, MDR 1962, 103
- Über Freiheit des Berufs, Heft 42 der Abhand-
lungen aus dem Seminar für öffentliches
Recht der Universität Hamburg, 1952
- Varncke Die jüngste Rechtsprechung des Bundesver-
waltungsgerichts zur Bedürfnis bzw. zum
numerus clausus, NJW 1956/1587 ff.
- Weidner Rechtsprechung des Bundessozialgerichts,
JZ 1959, 758
- Wieczorek Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Kommen-
tar Bd. I Teil 2, Berlin 1957
- Wiegler Art. 12 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes
und die Deutsche Bundesbahn, DÖV 1955/173
- Wimmerer-Schönle Kreditwesengesetz, Systematische Einführung
und Kommentar, Wiesbaden 1962

Lebenslauf

Ich wurde am 16. Februar 1930 in Mannheim als Sohn des Steuerberaters Karl Welsch und seiner Ehefrau Käthe geb. Fischer geboren. In Kaiserslautern besuchte ich von 1936 bis 1940 die Volksschule und trat anschließend in die Oberschule für Jungen ein. Im Jahre 1944 kam ich mit der HJ zum Schanzeinsatz nach Elsaß-Lothringen, wo ich mir eine Facialis-Lähmung zuzog, zu deren Ausheilung später eine langwierige Behandlung notwendig wurde. Im Jahre 1951 bestand ich an dem Naturwissenschaftlichen Gymnasium für Jungen in Kaiserslautern die Reifeprüfung und begann an der Universität Heidelberg mit dem Studium der Rechtswissenschaften. Im Jahre 1952 wechselte ich an die Johannes Gutenberg-Universität in Mainz über, wo ich am 24. Juli 1957 meine erste juristische Staatsprüfung bestand. Am 15. August 1957 wurde ich zum Gerichtsreferendar ernannt und trat den Vorbereitungsdienst im Lande Rheinland-Pfalz an. Am 29. Mai 1961 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung. Seit dem 19. März 1962 bin ich als Gerichtsassessor bei der Staatsanwaltschaft Bad Kreuznach tätig. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 27. Juli 1962 ab.

